

**¿ES POSIBLE LA COORDINACIÓN ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL
NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA? APORTES
PARA UN DIÁLOGO INTERCULTURAL E INTERJURISDICCIONAL.**

**GERMAN ERNESTO PONCE BRAVO
CARLOS EDUARDO RUEDA CARVAJAL**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.,
2010**

**¿ES POSIBLE LA COORDINACIÓN ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL
NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA? APORTES
PARA UN DIÁLOGO INTERCULTURAL E INTERJURISDICCIONAL**

**GERMAN ERNESTO PONCE BRAVO
CODIGO 79954098**

**CARLOS EDUARDO RUEDA CARVAJAL
CODIGO 79683242**

**Trabajo de grado para optar al título
de Magíster en Derecho Administrativo**

**Directora
BEATRIZ LONDOÑO TORO
Doctorado en Derecho Universidad Complutense
De Madrid, U.C.M., España**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTA D.C.,
2010**

Nota de aceptación:

Firma presidente de jurado

Firma de jurado

Firma de jurado

Tabla de Contenido

INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I - ANTECEDENTES DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA EN COLOMBIA	
26	
1. La necesidad de una efectiva coordinación entre el sistema nacional judicial y la jurisdicción especial indígena.	27
2. Programa de Apoyo a la Coordinación y Cooperación de la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional.	33
3. Contenido del programa “Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional”.	35
4. Antecedentes próximos.	35
CONCLUSIONES.....	40
CAPITULO II - CONTEXTO INTERNACIONAL. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y JUSTICIA INDIGENA.	42
1. Introducción.....	43
2. Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas	45
3. Antecedentes: Breve Historia	46
4. Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Proceso de elaboración y evolución.	52
5. Influencia y recepción de postulados mínimos de normatividad internacional en ordenamientos jurídicos extranjeros.	64
CONCLUSIONES.....	77
CAPITULO III - CONTEXTO NACIONAL. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL EN COLOMBIA. EL DEBATE DE LA COORDINACION.	83
1. Introducción.....	84
2. Elementos para el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena:	90
3. Derechos de las comunidades indígenas como sujetos colectivos reconocidos jurisprudencialmente.	115
CONCLUSIONES.....	122
CAPITULO IV - PERSPECTIVAS DEL DIALOGO INTERJURISDICCIONAL	126
Introducción	127
1. Fortalezas del dialogo interjurisdiccional.	128
2. Debilidades del dialogo interjurisdiccional.....	134
3. Retos y oportunidades.	147
CONCLUSIONES GENERALES	163
1. PLURALISMO JURIDICO.....	163
2. EJERCICIO DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA.	171
3. CONCLUSIONES PERSONALES.	179
BIBLIOGRAFÍA.....	181

INTRODUCCION

La existencia de una gran diversidad y pluralidad de grupos, asentamientos y comunidades humanas organizadas socialmente en nuestro territorio, y la necesidad inaplazable de su reconocimiento, conllevaron un encuentro de culturas jurídicas diferentes que en la actualidad, por mandato constitucional, es imperativo coordinar.

Sin embargo, esta tentativa de coordinación se convierte en un propósito y una labor arduos, y de franco entendimiento y comprensión de la diferencia, y especialmente del otro como referente indiscutible de interacción, pues se trata de llevar a la práctica los postulados más profundos de la democracia, el Estado social de derecho y la axiología de la dignidad humana cuyo punto de convergencia sería la diversidad social, la pluriétnicidad y pluriculturalidad.

En cuanto las minorías étnicas son reconocidas ya constitucionalmente, permite un ambiente propicio para lograr con éxito ésta labor, pues no debe olvidarse que al reconocer la cultura diferenciada a los pueblos indígenas también se incluyó su propio sistema de impartir justicia, es decir, su sistema judicial, al punto que es el artículo 246¹ de la Constitución Política así lo consagra, siendo de ésta manera como se hizo improrrogable hacer efectivo un mecanismo que permita el funcionamiento armónico de la jurisdicción especial indígena y Sistema Jurídico Nacional:

Acorde con lo expuesto, el presente trabajo investigativo, se desarrollará con base en los resultados arrojados por el proyecto Extensión de la coordinación del Sistema Judicial

¹ Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), del cual se profundizará en el capítulo I; cuya ejecución se le asignó a la Universidad del Rosario, proyecto en el cual participamos desde la estructuración de la propuesta por parte de la Universidad del Rosario, para participar en la convocatoria de licitación internacional de la Unión Europea para el Proyecto Fortalecimiento del Sector Justicia, siendo coparticipes desde un principio de tan importante proyecto.

Posteriormente, cuando fue adjudicado el proyecto a la Universidad del Rosario, se tuvo la oportunidad de aportar nuestros conocimientos jurídicos y de participar activamente (como capacitadores e investigadores), en los talleres realizados a lo largo y ancho del territorio nacional, desde la Guajira hasta el Amazonas, teniendo el privilegio de compartir con las comunidades indígenas en sus propios territorios, participar de su convivencia diaria, conocer su riqueza cultural de viva voz y admirar el encuentro entre los operadores judiciales y las autoridades indígenas, como hecho histórico en Colombia, que marcó un parámetro positivo dentro del pluralismo jurídico consignado en nuestra carta magna.

La perspectiva planteada por parte nuestra, se basa en el trabajo de campo realizado y en la posibilidad de haber evidenciado el proceso de acercamiento entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional.

OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN:

Determinar si existe en Colombia una coordinación intercultural, entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, con base en los resultados arrojados por el proyecto “*Extensión de la coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)*” ejecutado por la U. del Rosario.

OBJETIVOS ESPECIFICOS DE LA INVESTIGACIÓN:

1. Establecer las debilidades y fortalezas, del proceso de acercamiento realizado entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, derivados del proyecto “*Extensión de la coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)*” ejecutado por la U. del Rosario.
2. Establecer los retos y oportunidades del proceso de acercamiento realizado entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, derivados del proyecto “*Extensión de la coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)*” ejecutado por la U. del Rosario.
3. Analizar los elementos constitutivos del artículo 246 del Constitución Nacional y su injerencia en el proceso de coordinación entre ambas jurisdicciones.

METODOLOGIA

Con el fin de lograr la consecución efectiva de los objetivos planteados en este trabajo de investigación, la metodología utilizada se fundamentará principalmente en el análisis como investigadores de los resultados obtenidos del proyecto “*Extensión de la coordinación del sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena*”, de los documentos sociales que se relacionan directamente con el objeto del proyecto analizado, así como la jurisprudencia y doctrina especializadas y más relevantes sobre este tema, como también de las experiencias de convivencia con las comunidades indígenas dentro de sus territorios; todo lo anterior con el fin de determinar si en

Colombia existe una coordinación intercultural entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional.

El trabajo investigativo se desarrollará en capítulos, cuya estructura formal , se realizarán en forma de artículos bibliográficos o de reflexión, uno de los cuales ya fue publicado en la Revista de Estudios Socio-jurídicos, revista indexada en la Categoría C del **Índice Bibliográfico Nacional “Publindex”** de Colciencias (Colombia). Incluida en REDALYC del la UAEM México. Admitida en Latindex y México, en Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y humanidades - CLASE -de la UNAM (México) y en Dialnet Universidad de La Rioja (España). Dicho artículo fue publicado en la edición No. 10 de agosto de 2008, bajo el título *“El reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena dentro del Sistema Judicial Nacional en Colombia: el Debate de la Coordinación”*.

El planteamiento de los capítulos y su interrelación se desarrollará de la siguiente manera:

Un primer capítulo en el cual se explicaran los antecedentes del proyecto *Extensión de la coordinación del sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena*”, como eje central de la investigación, la importancia de este capítulo se basa, en que consideramos importante que se conozcan los precedentes que dieron origen al proyecto adelantado por la U. del Rosario.

Un segundo capítulo, en el cual se plasmará un contexto internacional, en el cual, se realizará un acercamiento de la situación de los pueblos indígenas en el mundo, tomando como referente en una primera parte, como ha sido su lucha por la suscripción de la Declaración de los Pueblos Indígenas, y en una segunda parte, estableciendo los postulados mínimos de normatividad internacional en ordenamientos jurídicos extranjeros.

Un tercer capítulo, en el cual, se abordarán los elementos constitutivos del artículo 246 de la Constitución Nacional, en el cual se fundamenta la coordinación intercultural, realizando una exposición de la jurisprudencia más relevante en ese tema, pues con base en las funciones jurisdiccionales otorgadas en dicho artículo, se desarrolló el proyecto *“Extensión de la coordinación del sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena”*.

Un cuarto capítulo denominado perspectivas del diálogo interjurisdiccional, en el cual planteamos los resultados del acercamiento realizado entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional, basados en las experiencias adquiridas en el proyecto *“Extensión de la coordinación del sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena”*.

La relación de los capítulos en comento se deriva de un hilo conductor, que son los resultados arrojados en el proyecto *“Extensión de la coordinación del sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena”*. Por lo cual, establecemos un contexto necesario, empezando por los antecedentes del proyecto, siguiendo con la perspectiva internacional, para luego analizar el artículo 246 de la Constitución Nacional, como fundamento de la Coordinación intercultural, finalizando con los resultados del proyecto, como un acercamiento entre ambas jurisdicciones.

MARCO CONCEPTUAL

En este orden de ideas, se plantearán algunos conceptos generales, que servirán de referente para el desarrollo del proceso investigativo:

En primer lugar es importante profundizar sobre el significado de multiculturalismo. Entendemos por tal el reconocimiento de la existencia de diversas culturas que

coexisten en un determinado espacio, en este caso la nación colombiana. Es por ello que se habla de un nación pluricultural y diversa, y se reconoce la existencia de pueblos indígenas, negros (afro descendientes), Rom (o gitanos), y raizales (afro descendientes de las Islas de San Andrés).

El doctor Carlos Vladimir Zambrano, establece que de manera general el “multiculturalismo” debe ser entendido como:

“...Una política de las identidades desde la cual los pueblos, las etnias y las naciones desarrollan los proyectos históricos plurales y las culturas políticas que les dan cabida.

(...)

“la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, se lee en el párrafo del artículo 70 (presidencia, 1994:29). Por primera vez, en más de quinientos años de historia sobre el actual territorio nacional y de casi doscientos años de vida republicana, la heterogeneidad de la población colombiana es contemplada constitucionalmente. El país fue reconocido, étnica y culturalmente diverso; es decir, grosso modo, multicultural...”

Por multiculturalidad se entiende la calidad de lo multicultural, que asigna una forma de ser, cuyo objetivo es la construcción de un orden social y político basado en la regulación de las interacciones de la diversidad. Puede emplearse el término para definir la cualidad de ser nacional: ser diverso y actuar en consecuencia, de modo plural. Multiculturalismo es el concepto que da cuenta de las políticas que se orientan desde el Estado, la sociedad y los movimientos sociales, las luchas para reconocer, proteger y estimular el ejercicio de las diversidades culturales y étnicas...” (Zambrano, 2007:191)

Acorde con lo anterior, la multiculturalidad en Colombia es evidente, no solo respecto a la totalidad de la población colombiana; sino en las comunidades indígenas, quienes son

multiculturales entre ellas, ya que los 87 pueblos indígenas existentes en Colombia, poseen entre sí culturas diferentes, con usos y costumbres diversos.

Cuando las relaciones entre las culturas diversas son equitativas, inclusive en condiciones en las que se las valora en todas sus dimensiones, se habla de interculturalidad. La interculturalidad no opera por sí sola, es necesario un esfuerzo individual y grupal por entender que existen códigos diferentes entre las personas; así todos y todas seamos colombianos, tenemos que aceptar que hay valores, conceptos, religiones diversas y que si queremos que se dé la interculturalidad, tenemos que oírnos, respetarnos, incluarnos.

La interculturalidad como tal, se refleja notablemente en la comunidades indígenas y en sus diversas formas de aplicación de justicia, por lo tanto, de una apreciación objetiva, basada en el respeto por las diversas costumbres culturales, dependerá en gran medida, un eficiente proceso de coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena; un ejemplo de interculturalidad, son las formas de aplicación de justicia, entre los dos sistemas que integran el pluralismo jurídico en Colombia, ya que la oralidad de las comunidades indígenas refleja cómo opera un sistema de justicia que guarda grandes diferencias, con el sistema judicial nacional; oralidad que puede concretarse, en aspectos muy interesantes, como los ha establecido el antropólogo y Maestro Herinaldy Gómez Valencia:

“...mientras un hecho en el derecho positivo es construido y delegado sólo a los expertos (abogados, jueces, fiscales, cortes) interpretándolo, desplazándolo, sometiéndolo, reduciéndolo a la exegética y constreñimiento de lo escrito en un código, en la justicia indígena el hecho se construye mediante el habla común interpelándolo, debatiéndolo y sometiéndolo a la trama de otros acontecimientos inscritos en la tradición que se hacen presente y se regulan mediante las lógicas y retóricas del habla

individual y social. Mientras para el derecho la norma escrita “escrita está” para las justicias orales indígenas la norma está inscrita en la memoria como un campo amplio de experiencias colectivas e individuales que siempre está en construcción y en busca de la solución más adecuada al drama y trama de cada situación transgresora debido al carácter contextualizador y contextualizado de la oralidad. Mientras en el sistema judicial nacional el hecho es construido por los expertos y desde las formalidades y regularidades del derecho escrito (el derecho, por injusto que sea no deja de ser derecho) en las formas de justicia indígena el hecho es construido desde la diversidad de experiencias de la vida en común y desde las continuidades y discontinuidades de la historia y sus narrativas en las que se expresa un doble movimiento que hable del repliegue sobre su tradición y oralidad y, a la vez, de su apertura al mundo moderno: la apropiación, traducción o captura del derecho escrito a pesar de que éste se ha ensañado contra su cultura...” (Gómez, 2008:239)

Es por eso, que la interculturalidad es un elemento importante para el proceso de coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena, ya que se debe propender, en primer lugar por fortalecer la cultura propia de las comunidades indígenas, comprendiendo que son diferentes y en segundo lugar, por crear espacios de entendimiento y comunicación, con el sistema judicial nacional, bajo un ámbito de respeto y de interacción cultural, donde exista un proceso bipartito de conocimiento mutuo y donde la comunicación sea un elemento esencial en proceso de coordinación intercultural. Acorde con lo anterior es pertinente tener presente que según Felipe González Ortiz:

“...Una integración que respeta la diferencia y la construye como un insumo para la integración en la diversidad cultural, refleja posturas de integración con dignidad.

En este contexto se trata de formar comunidades orgullosas de sus propias culturas para negociar el proceso histórico. Quizás en esto consiste la interculturalidad, en construir los mecanismos para lograr los puentes de comunicación y entendimiento entre grupos culturales diversos basados en identidades positivas. Se trata de la construcción de comunidades de argumentación intercultural (Bartolomé, 2000), de esa manera se pretende redistribuir el poder y cambiar las relaciones que dan pie a la dominación.

La interculturalidad es en este sentido una apertura a conocer y comprender lo que el otro manifiesta, es una intención que obliga a cambiar actitudes reconstruyendo y recreando valores cuyos motivos se centran en la construcción de una sociedad más incluyente y que no rompa con el sentido de trascendencia que lleva el haber nacido en una comunidad de aprendizaje, formación cultural y socialización; el hablar una lengua determinada; el compartir creencias religiosas determinadas y practicar rituales acordes con dichas creencias. Sin duda la interculturalidad entendida como diálogo no es suficiente para la redistribución del poder necesario para posicionar a los pueblos dominados, pero me parece es un paso necesario para la construcción positiva de las identidades étnicas, cuyos parámetros de valoración, dado el proceso de subordinación que experimentaron desde La Colonia, se encuentran demasiado minusválidos”. (González, 2007:250-251)

Acorde con lo anterior, en Colombia el concepto de interculturalidad asume vital importancia para concretar el proceso de coordinación, ya que es primordial que se cambie la perspectiva dominante, consistente en que para poder identificar a los miembros de las comunidades indígenas es necesario que vistan con atuendos propios de sus pueblos o sencillamente que no utilicen vestimentas características de la cultura occidental; ya que un adecuado proceso intercultural implica una apreciación objetiva

de las comunidades indígenas, como culturas diferentes, que se desarrollan dentro de un mundo cambiante; como entre otras lo ha establecido la antropóloga Esther Sánchez Botero:

“...los indígenas han sido erróneamente pensados como seres cuya identidad ontológica está definida por su nacimiento o por portar determinadas características. No son pensados ni tratados como seres en devenir, cuya identidad no consiste en el mantenimiento de algo inmanente y estático, sino que determinan como todos los humanos en sociedad, en intervención permanente de su identidad en relación con su mundo y el de los demás. Los sujetos, como los grupos sociales, van incorporando conocimiento, nuevas estructuras y clasificaciones en el orden cognitivo, que son producto de relaciones sociales cambiantes. Este orden se define por los referentes de la cultura que se ha modificado históricamente y sirve de guía para los comportamientos que otorgan significaciones compartidas.

(...)

La identidad étnica y cultural no equivale, como erróneamente se piensa, a la sumatoria de fenómenos tales como la lengua, el vestido, la pintura facial, los materiales naturales de la vivienda o la ubicación distante de una cabecera municipal. Se representa en la permanencia de un sentido implícito de identidad y autorreconocimiento de grupo, que se genera con relación a otros, como cuando a pesar de las diferencias culturalmente mínimas de un colombiano con respecto a un venezolano, ningún colombiano se siente venezolano. Estos pueblos pueden compararse con un sentido de pertenencia a una nación particular, enseñado mediante procesos de socialización temprana, que haya sido incorporado de manera significativa. La identidad étnica representa un marco tan fundamental como la identidad de género.” (Sánchez, 2007:39-40)

En este sentido y una vez determinando el concepto de interculturalidad, es importante dejar claro, lo que para efectos del presente trabajo investigativo, nos atrevemos a denominar “Coordinación Intercultural” como eje central y objeto de la investigación, pues es esencial establecer su concepto, para finalmente concluir si existe o no, un proceso de coordinación intercultural en Colombia.

Es importante resaltar que el concepto de coordinación intercultural, que exponemos a continuación, es una aproximación a lo que nosotros entendemos como coordinación y se utilizará para analizar los resultados del proyecto adelantado por la U. del Rosario, por tal motivo, somos respetuosos frente los expertos e investigadores eruditos en este tema, quienes posiblemente puedan desarrollar mejor dicho concepto.

La palabra coordinar es definida en el diccionario de la lengua española como: *“Concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común.”*.

Acorde con lo anterior, el planteamiento y el concepto que vamos a exponer a lo largo del presente trabajo investigativo, será el de coordinación intercultural, la que entendemos como la acción conjunta y concertada entre la jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional, para la solución de conflictos judiciales entre dos culturas diversas, pero equitativas, encaminadas a una correcta aplicación de justicia, en la cual se recojan aspectos sustanciales de ambas culturas.

En este orden de ideas, no asimilamos la coordinación intercultural, como una simple delimitación de competencias, en la cual, cada jurisdicción decida, a quien le compete la aplicación de justicia de acuerdo al sujeto activo o pasivo, sino a una acción conjunta en la cual ambas jurisdicciones concertadamente, puedan llegar a la solución de conflictos, en concordancia en lo que el maestro Herinaldy Gómez ha denominado un debido proceso intercultural.

Quizás por la complejidad del concepto de coordinación y lo que ello implica, sea la razón por lo cual, aún en Colombia, no se haya establecido una Ley de Coordinación.

Por lo anterior, coordinación intercultural, es una forma de resolver conjuntamente los conflictos que se lleguen a presentar entre ambas jurisdicciones, tomando como referente elementos interculturales de una y otra jurisdicción, construyendo así, un debido proceso intercultural, en que ambas partes llegan a un consenso y solucionan mancomunadamente los hechos objeto de estudio, sin que se limiten a aplicar justicia cada jurisdicción de manera independiente.

Respecto al concepto de pueblo indígena, comunidad indígena, o grupo étnico, pese a que cada terminología implica una serie de elementos configurativos, desarrollados principalmente por académicos expertos en la materia; para efectos del presente trabajo investigativo, de manera respetuosa, utilizaremos indistintamente, ambos términos, para referirnos a los pueblos indígenas y a sus miembros constitutivos.

De igual manera Tenemos derecho a la diversidad cultural (artículo 7º de la Constitución Nacional), tenemos derecho a no ser discriminados por la pertenencia a determinando grupo, y fomentar una cultura basada en el diálogo, abandonando el monismo jurídico, o sea, el reconocimiento a la existencia de un solo derecho o marco jurídico. Esto implica, de un lado, reconocer otras formas de derecho, y del lado de quienes las poseen diferentes, como son los pueblos indígenas, la necesidad de fortalecer su derecho propio, ejerciéndolo y haciéndolo respetar.

Es tan importante la diversidad cultural, que la UNESCO² la consideró como patrimonio cultural de la humanidad., puesto que lleva al dialogo entre civilizaciones y culturas, al respeto y a la comprensión mutua (UNESCO, 2003:4).³

² La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

³El Artículo 1 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, establece que:
“La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan los grupos y las

El concepto de diversidad cultural y su aplicación práctica respecto a la comprensión de las culturas indígenas, es de singular importancia, en especial para el proceso de coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena, ya que implica la aceptación de usos y costumbres diferentes a las mayoritarias y por ende sistemas de justicia alternos, pero de igual validez; que deben ser apreciados desde una perspectiva basada en el respeto por las diferencias; para ello es importante lo dicho por

León Olive respecto a la diversidad cultural:

“Reconocer que existe una cultura diferente, no es sólo aceptar que alguien pueda tener un color de piel distinto, peinarse de algún modo que nos parezca extravagante, tener gustos estéticos "asombrosos" y hábitos alimentarios extraños. Puede significar todo eso, pero implica mucho más. Lo más delicado, y lo que realmente importa para nuestro tema, es que los miembros de la otra cultura pueden concebir la naturaleza humana de modos muy diferentes, y lo que perciban como necesidades humanas básicas puede diferir enormemente del punto de vista occidental moderno.

Los miembros de otra cultura también pueden tener maneras muy diferentes de concebir la relación entre el individuo y la sociedad, así como las obligaciones políticas de la persona con su comunidad. Más aún, pueden entender lo que es la dignidad humana de un modo muy distinto del nuestro y, por consiguiente, también diferir en lo que es una afrenta moral y lo que son los derechos humanos básicos. Es posible que haya también diferencias, e incluso incompatibilidades, en la forma de concebir el universo y al hombre dentro de él y, finalmente, puede haber diferencias no sólo en cuanto a qué creer acerca del mundo, sino incluso en cuanto a cómo investigar sobre él (Olive, 1999:66-67).

sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.”

De igual manera la diversidad cultural, va plenamente ligada con el respeto a la dignidad de la persona humana, que implica un respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos (UNESCO, 2003:4).

Del mismo modo, la diversidad cultural, como derecho fundamental establecido en la Constitución Colombiana, implica de igual manera el reconocimiento al derecho a la igualdad y dignidad de todas las culturas de la Nación., entendiendo que la diversidad cultural es un fundamento estructural de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, como lo claramente lo ha referenciado el doctor Carlos Vladimir Zambrano:

“Colombia reconoce la diversidad étnica y cultural. Es decir, reconoce dos realidades diferentes, pero bajo circunstancias específicas mutuamente imbricadas. La diversidad cultural es un fundamento estructural de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana. Dentro de la diversidad cultural se comprende la diversidad étnica, y dentro de ésta la diversidad indígena. Por lo tanto, ni la diversidad étnica, ni mucho menos la diversidad cultural se agotan con la población indígena. Existen otras diversidades culturales como las de género, las religiosas, las ideológicas, etc. Todas sin discriminación alguna, tienen el derecho fundamental a ser reconocidas y protegidas.”(Zambrano, 2007:53)

Pluralismo Jurídico:

El artículo 1 de la C.N. reconoce de manera abierta, y sin restricciones, el pluralismo jurídico que determina la realidad social colombiana⁴, esto es así al registrar la

⁴ ARTICULO 1°. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista,

necesidad de reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural de nuestro país⁵.

En este sentido, podemos encontrar que existe una consagración normativa – constitucional y legal-, cuyo fin esencial es el reconocimiento de cosmovisiones diferentes que coexisten en nuestro territorio patrio, así lo enseñan los artículos constitucionales que consagran los derechos fundamentales de primera generación, como los artículos 7, 8, 10, 13 63, 68, 70, 72, 96, 171,176, 246 principalmente, y de la misma manera puede citarse, como ejemplo, la ley 70 de negritudes, entre otras, de manera que el reconocimiento legal de los llamados grupos minoritarios es una realidad legal en Colombia.

El Estado-nación condujo a la concepción homogenizante de la sociedad, debido a que el monopolio de la producción del derecho radicaba únicamente en cabeza del Estado, lo cual implicó la noción total del monismo jurídico, hecho que cambia de forma radical con la introducción del pluralismo jurídico, en el sentido de que se adquiere conciencia de la existencia de una pluralidad de fuentes normativas, de sistemas sociales y que por tanto la producción del derecho y la resolución de conflictos ya no es exclusiva de la actividad estatal:

“Le pluralisme juridique, dans sa conception théorique, est en soi une notion plurielle. Cette conception, on le devine, se place en opposition au monisme juridique. Une de ses thèses fondamentales voudrait que, contrairement à la théorie dominante de notre société actuelle, l’État ne jouisse pas du monopole de la production du droit et n’en serait pas le plus légitime détenteur. Le légicentrisme serait ainsi un modèle instauré par le positivisme moderne qui ne résisterait pas à la pluralité des systèmes sociaux qui le subissent. Le système juridique étatique se trouve ainsi tamponné par une multitude de

fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

⁵ ARTICULO 7°. “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”

systemes qui opéreraient comme régulateurs sociaux, avec lesquels il s'agencerait de façon plus ou moins harmonieuse.” (Counter marche, 2008:1)

Así las cosas, es claro que la noción, hoy cuestionada, de Estado-nación ha sido la causa fundamental de la exclusión de la existencia de otros regímenes normativos, y que fue su pretensión subvalorarlos, puesto que su proceso histórico nunca contempló un contacto intercultural real, aun cuando las condiciones propias de cada sociedad indicaban una realidad diferente, es decir, resaltaba la multiplicidad de culturas:

“La mayor parte de las comunidades políticas organizadas de la historia han sido multiétnicas, un testamento de la ubicuidad de las conquistas y del comercio a larga distancia en los asuntos humanos. Sin embargo, la mayoría de los especialistas en teoría política han utilizado el mundo idealizado de la polis, en la que los conciudadanos comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura comunes. Aun cuando los propios especialistas vivieron en imperios plurilingües que gobernaban diversos grupos étnicos y lingüísticos, escribieron a menudo como si las ciudades-Estado culturalmente homogéneas de la antigua Grecia proporcionasen el modelo esencial o estándar de comunidad política.”(Kymlica, 1995:14)

De manera que el desarrollo político – jurídico de los siglos XIX y XX se orientaron de manera absoluta a justificar e imponer ésta concepción de unidad sobre la diversidad, aislando consecuentemente cualquier otra categorización posible de ordenación social, y en este sentido, se ligaron de forma inexorable los conceptos de territorio, cultura y pueblo, pues todos ellos debían funcionar y desarrollarse bajo un solo parámetro: el Estado-nación.

En torno al Estado – nación se agruparon y acondicionaron los elementos sociales y grupos minoritarios bajo un solo manto legal, cuya consecuencia inmediata fue la “desculturalización” de los pueblos minoritarios, entre estos, las comunidades

indígenas, puesto que el postulado guía del Estado-nación fue el de la unidad, con base en la idea de igualdad y de la construcción de una nación moderna, es decir, que todo nacional debía ser tratado como igual sin consideración de ningún tipo, ni social, económica, cultural o religiosa, pues todas ellas eran absorbidas por la garantía de igualdad formal ante la ley:

“Las teorías políticas modernas, especialmente aquellas que con mayor eficacia inspiraron la formación de los Estados nacionales, siguieron ese supuesto, que terminó por justificar la imposición a sangre y fuego de una unidad sobre la diversidad. Se trata de una cuestión que generalmente eluden quienes a menudo suscriben a esa tradición moderna, y desde ella se fastidian con las exigencias de un trato más justo entre las culturas. De alguna forma, prefieren ignorar que la modernidad no ha sido justa con las identidades culturales que estaban ya en la periferia de ese proyecto. Se molestan con los énfasis en las diferencias más que en las similitudes entre los seres humanos, y con las propuestas de federalización y autogobierno, así como con aquellos que piden respetar el dominio religioso que en otras partes se ejerce sobre todos los aspectos de la vida personal y con esos otros que declaran la urgencia de preservar toda forma de vida cultural como un signo de respeto a las diferencias culturales. Ese fastidio los lleva a declarar que detrás de todo esto no existe otra cosa que simples apologías del taparrabo; apologías que santifican formas culturales opresivas en desmedro del progreso hacia la igualdad y la libertad; apologías que, en última instancia, obstaculizan el entendimiento entre los seres humanos. Basados en eso, homologan fácilmente los llamados de respeto a las identidades culturales con la intolerancia y la falta de razonabilidad.” (Grueso, 2007:15)

Esta es una línea cuya fundamentación encontró su más alta gloria con el movimiento codificador, y si se analiza con detenimiento cuáles fueron las razones de la codificación

en la vieja Europa, es posible concluir que se trató de un instrumento cuyo fin principal fue facilitar las relaciones de comercio de esta sociedad, por cuanto, tal y como sucede en las Américas, en el viejo continente también existe una diversidad importante de culturas, de idiosincrasias, cuya interrelación solamente era posible a través de la unificación legal, de ahí que hoy en día todavía se llame la atención sobre el Estado – nación como manera de homogenizar caracteres sociales.

De ésta manera con la codificación –codex- se pretendió concretar una fuente jurídica por escrito, ya no oral, cuya pretensión es de “plenitud” total, y de acuerdo al historiador del derecho Pio Caroni: *“En el fondo podría también decir que la aspiración a la plenitud es funcional al deseo del código de imponerse, de dominar, de considerarse por su naturaleza o vacación el epicentro del ordenamiento jurídico”*, hecho éste que se verifica en tanto que el códex sería *“la fuente jurídica prevalente, aquella que rige, domina y explica todas las demás, que las tolera en vía subsidiaria, pero al mismo tiempo las supera, que les da la luz necesaria, obligándolas con esto a compartir su propia lógica”*, es decir, que la pretensión de la unificación conlleva la idea de *“suprimir las fuentes jurídicas locales de vieja data y nueva data y a sustituirlas por una regla única y uniforme”*.(Caroni, 1996:24-26)

Todo este movimiento codificador, cuyo resultado vital fue el *code civil* francés de 1804, tuvo una motivación única y poderosa, que se traduce en un interés de aplicativo mercantil, es decir, la regulación de las relaciones económicas del antiguo continente, de manera que con la igualación económica se encontraría la igualdad social, lo que permitiría la exigibilidad y aplicación de los mismos derechos para todos los asociados y sin ninguna distinción:

“... una eficaz consonancia entre un proyecto político y un programa económico, en base a la cual la unificación territorial del derecho era funcional tanto a los deseos de

los políticos, que veían en la misma un deseado reforzamiento del Estado Nacional, y, mejor todavía, un procedimiento que quería facilitar la integración de todos los países y también de todas las minorías bajo el signo del Nuevo Estado como ilustra egregiamente el ejemplo italiano (Código Civil de 1865), como a las aspiraciones de los economistas a quienes la unificación del derecho privado se les presentaba como la última medida que había que llevar a efecto para que el territorio nacional, ya unificado a nivel económico con la abolición de las aduanas internas y con la proclamación de principios constitucionales que sancionaban la movilidad de las personas y de las mercancías, ahora pudiese finalmente comenzar a funcionar como mercado” (Subraya fuera de texto). (Caroni, 1996:27)

Lo anterior deviene corroborado con experiencias a nivel mundial, específicamente la Corte Suprema de Canadá, a través de una alocución de su Jefe en Jefe Beverley McLachlin, en abril de 2002, quien hablando del pluralismo jurídico en Canadá, señaló que no ha sido la tradición de Europa y Estados Unidos la protección a ciertos grupos, y que por el contrario, ha sido Canadá en donde los derechos de las minorías han sido tomados en cuenta como tema central, en tanto que el reconocimiento de los derechos de grupos particulares se encuentra sólidamente anclado en su consciencia colectiva, es decir, que la idea de la unificación es fruto de doctrinas europeas, y cuya consecuencia directa fue la de subsumir u opacar concepciones culturales diferentes:

“...En fait, je dirais que le Canada a, au contraire, une longue histoire et que la tradition de prendre en compte les droits des minorités en est un aspect central. La reconnaissance des droits de groupes particuliers est solidement ancrée dans notre conscience collective. Elle fait partie des assises de notre nation et constitue le moyen qui nous a permis de rester unis. Il ne s'agit pas certainement pas d'une tradition américaine. Il s'agit d'une tradition canadienne, qui a bien servi le Canada jusqu'ici.

La reconnaissance des droits liés à l'appartenance à un groupe ne fait pas partie non plus de la tradition constitutionnelle européenne. En effet, les constitutions européennes tendent à postuler l'existence d'un seul groupe ethnique ou volk, défini par une langue et une culture communes. La réalité de nombreux pays européens réfute toutefois ce postulat et, dans certains cas, des accommodements constitutionnels ont été faits, par exemple en Belgique par la reconnaissance des groupes flamands et français et, en Espagne, par l'acceptation du catalan comme langue officielle dans la province de Catalogne. Mais, en règle générale, la reconnaissance des droits liés à l'appartenance à un groupe n'est pas aussi étendue en Europe qu'au Canada. Pour cette raison, le modèle constitutionnel canadien revêt de l'intérêt pour les régions d'Europe où les tensions culturelles sont devenues la norme, par exemple dans les pays qui formaient l'ancienne Yougoslavie.” (McLachlin, 2002)

Así las cosas, la imposición del centralismo jurídico promulgada por el Estado – nación conllevó de forma necesaria a la negación de otros ordenes normativos, todo ello en tanto que éstos fueron considerados inferiores desde los ordenamientos de la iglesia hasta los de la familia, las asociaciones voluntarias las organizaciones económicas, etc, y por tanto fueron encuadrados jerárquicamente como instancias subordinadas al derecho y al aparato institucional del Estado, y en este sentido Sousa Santos, concluye que la centralidad del Estado – nación sólo fue posible porque las escalas global y local fueron declaradas formalmente no existentes por la teoría liberal. (Boaventura de Sousa, 2009:51)

Este hecho característico trajo como consecuencia la reducción del concepto de derecho en sí mismo, en la medida que éste es asociado de manera inexorable con la autoridad estatal, y de ésta manera se creó la concepción del pluralismo jurídico como ideología de centralismo estatal: “...Sin embargo, el pluralismo jurídico utilizado como técnica

de gobierno permitió el ejercicio de la soberanía colonial sobre los diferentes grupos (étnicos, religioso, nacionales, geográficos, etc.), reconociendo los derechos precoloniales para manipularlos, subordinarlos y ponerlos al servicio del proyecto colonial. Por ello, Griffiths le da a esta concepción el nombre de “pluralismo jurídico en sentido débil”, dado que los derechos precoloniales no son reconocidos en sus propios términos sino puestos al servicio de una dominación altamente centralizada, la dominación colonial. El reconocimiento de los derechos tradicionales por parte del derecho colonial europeo implica una noción de derecho que en última instancia, está sustentada en una única fuente de validez que determina con exclusividad lo que debe ser considerado como derecho” (Subraya fuera de texto). (Boaventura de Sousa, 2009:53)

Una vez desarrollado el marco conceptual respectivo, se procederá a desarrollar el presente trabajo investigativo.

CAPITULO I - ANTECEDENTES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDIGENA EN COLOMBIA

Resumen.

Con este escrito se pretende presentar la actividad institucional, en el marco de la política estatal, cuya pretensión principal es la coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Nacional Judicial, y para ello se ha logrado el apoyo de organismos internacionales y países extranjeros. El fundamento más importante que justifica este intento y este esfuerzo es el reconocimiento de la gran diferencia cultural, étnica y social que existe en Colombia.

Abstract

With this writing one tries to present the institutional activity, in the frame of the state politics, which principal pretension is the coordination of the special indigenous jurisdiction and the national judicial system, and for it there has been achieved the support of international organizations and foreign countries. The foundation most important that justifies this attempt and this effort is the recognition of the great cultural, ethnic and social difference that exists in Colombia.

Palabras Clave: Proyecto Jurisdicción Especial Indígena

1. La necesidad de una efectiva coordinación entre el sistema nacional judicial y la jurisdicción especial indígena.

Con la constitución de 1991, La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia se ha vuelto un tema de actualidad y hasta exótico, en el sentido de que es una novedad para la mayoría de los ciudadanos el hecho de conocer, que existe un sistema paralelo de justicia al que todos conocemos, mediante el cual se le permite a las comunidades indígenas el poder aplicar justicia dentro sus comunidades, de acuerdo a sus usos y costumbres, acorde con unos parámetros establecidos por la Constitución Nacional y por la misma jurisprudencia.

Sin embargo, es pertinente resaltar que las comunidades indígenas han venido solucionando sus conflictos y aplicando sus propias formas de justicia, desde tiempos milenarios, por lo cual, lo que se hizo con la Constitución de 1991, fue realizar un reconocimiento de tipo constitucional, de esas formas de aplicación de justicia.

Pese a lo anterior, desde la época de la conquista y la colonia, existen antecedentes mediante los cuales se les permitía a Los indígenas solucionar sus propios conflictos, ya que en 1542, la Corona expidió las llamadas “*Leyes Nuevas*” mediante las cuales se buscaba aliviar el maltrato que habían sufrido los indígenas durante la Conquista. alguna de esas leyes establecía que para resolver los conflictos entre indígenas, se aplicarían los usos y costumbres de éstos siempre que no fueran injustos, pero finalmente quién determinaba si eran injustos o no, era la Iglesia Católica, ignorando lo que estableciera la propia tradición indígena., igualmente obedecía a factores económicos, con el fin de salvaguardar la mano de obra indígena, la cual en ese momento era fundamental. (Gómez, 2008^a)

Posteriormente en 1561 los indígenas empezaron a disfrutar de tierras colectivas denominadas Resguardos territoriales, mediante un título cuya administración se dejaba

en manos de un cabildo, el cual debía ser nombrado por los mismos comuneros, pero en realidad eran los mismos encomenderos o la iglesia quienes los elegían. Al igual que las leyes nuevas, este tipo de reconocimientos tenía fundamentos esencialmente económicos, con fin de proteger la fuerza de trabajo indígena y de igual manera de reunirlos en un solo sitio en “pueblos indios”, con el fin de facilitar la misión colonizadora y la evangelización de los indígenas. (Gómez, 2008^a)

Con la expedición de la Ley 89 de 1.890, se determinó que la Ley General de República no regiría entre los salvajes que se fueran reduciendo a la vida civilizada por medio de las Misiones, ni en los que ya estuvieran reducidos a la vida civil., dicha ley denominaba a los indígenas como “salvajes”.

Esa ley reconocía el régimen comunal de los resguardos indígenas; establecía un procedimiento para que los indígenas registraran sus títulos antiguos y mantenía los pequeños cabildos nombrados, los cuales se encargaban de todo lo relacionado con el aspecto económico de estas parcialidades y de castigar las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, con penas correccionales que no excedieran de uno o dos días de arresto. Esa ley también los asimilaba a la condición de menores de edad, para el manejo de sus porciones en los resguardos. (Gómez, 2008^a)

Bajo el mismo entendido de la ley 89 de 1890, se expidió el decreto 79 de 1898, el cual determinaba que entre los salvajes debían conservarse sus costumbres de gobierno, siempre que no se opusieran a la moral cristiana o a los principios de la legislación nacional; delegando a los misioneros la facultad legal de resolver los conflictos que ocurrieran entre los indígenas, imponiendo, de ser necesario, las penas correccionales establecidas en las ordenanzas de policía. (Gómez, 2008^a)

Conforme a lo anterior es claro que siempre hubo una potestad delegada a las comunidades indígenas para resolver cierto tipo de asuntos, pero no por un respeto a la

diversidad cultural, ni como una forma de reconocer su autonomía, por el contrario, siempre hubo un interés económico por parte de la colonia y evangelizador por parte de la Iglesia, mediante el cual se les ofrecía cierto tipo prerrogativas, pero siempre bajo intereses concretos de por medio. En efecto, las misiones evangelizadoras normalmente, determinaban que los usos y costumbres de las comunidades indígenas, iban en contra de la moral cristiana, tal como lo limitaba el decreto 79 de 1898, por lo cual, los obligaban a renunciar a su lengua, cosmovisión y demás costumbres espirituales, so pena de ser castigados con el cepo o el fuste.

Posteriormente en 1970, por una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se determinó que el Juez natural para juzgar a los indígenas no eran los misioneros, como lo venía Estableciendo el dto. 79 de 1898, si no que debían ser los Jueces de la República. Tiempo después el Código Penal, catalogaría a los indígenas como inimputables por Inmadurez Sicológica, excluyéndolos de responsabilidad penal.

La nueva expedición de la Constitución de 1991, traería consigo múltiples cambios, debido principalmente a que en la Asamblea Nacional Constituyente estuvieron participando por votación los indígenas Lorenzo Muelas del pueblo Guambiano, Francisco Rojas Birry del pueblo Emberá y por decreto presidencial Manuel Peña del pueblo Nasa, ello contribuyó, sin lugar a dudas a que se consagraran principios constitucionales como que "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana" (artículo 7) y que "Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación" (artículo 8), El Estado reconoce la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país, (art. 70) así como la autonomía de los pueblos indígenas para "ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos..." (Artículo 246).

Lo anterior significó un cambio en la concepción y en la forma de asimilar en nuestra sociedad, las diferentes culturas existentes en nuestro país, incluidas las culturas indígenas, ya que a diferencia de cómo era concebida antes del 91, como sinónimo de inferioridad, ahora es reconocida como parte del patrimonio cultural de la nación que debía ser respetada y protegida. Del igual manera, ya los indígenas no son considerados como salvajes ya que como lo estableció la misma Corte Constitucional: “ *La terminología utilizada en el texto, que al referirse a "salvajes" y "reducción a la civilización" desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural.*”⁶

De igual manera Colombia ratificó por medio de la **Ley 21 de 1991 el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**, convirtiéndose en una de las principales herramientas jurídicas a nivel nacional e internacional para hacer valer sus derechos. Bajo este entendido Colombia se comprometió con la suscripción de dicho Convenio entre otras cosas a:

1. Adecuar la legislación nacional y a desarrollar planes y programas, con la participación y coordinación de los pueblos indígenas para asegurar sus derechos sobre los territorios y los recursos naturales que allí existan;
2. Respetar el control de los indígenas sobre sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico;
3. Proteger sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales.
4. En correspondencia con este compromiso constitucional el Estado ha sancionado algunas leyes como la Ley 60 de 1993, la Ley 152 de 1994 y la Ley 388 de 1997, en desarrollo de algunos artículos de la Constitución. (Gómez, 2008^a)

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-139/96, 9 de abril de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1080.

En este orden de ideas la Diversidad Cultural en la Constitución colombiana es un derecho fundamental, que abarca a la totalidad de los colombianos, sean indígenas, afros, mestizos, y en general para todos. Por lo tanto si la diversidad es un derecho fundamental, es necesario reconocer que las regulaciones sobre ella, no se aplican exclusivamente a los indígenas, sino a la totalidad de los habitantes, ya que también son diversos culturalmente. (Zambrano, 2007)

Acorde con lo expuesto la diversidad cultural para poder ser regulada debería tener en cuenta las siguientes consideraciones: *“..reiterar el derecho a la igualdad y dignidad de todas las culturas de la Nación y de la nacionalidad colombiana; dictaminar la incorporación de la no responsabilidad penal por diversidad cultural; sentenciar que todo colombiano que -individual o colectivamente, en razón de su diversidad cultural-en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica se halle fuera de la cultura a la que pertenece, y por esa razón no pueda comprender la ilicitud, o que pudiendo comprenderla no sea capaz de actuar en concordancia con la cultura del lugar donde realiza el acto, debería ser declarada no responsable; indicar la existencia del debido proceso culturalmente determinado para registrar actuaciones judiciales en diversidad cultural (étnica), incluir la solicitud expresa del concepto antropológico sobre la cultura de la persona y la del lugar donde se comete el acto (esto para cualquier persona que en un proceso denuncie que le está siendo violado el derecho fundamental de la diversidad cultural”*. (Zambrano, 2007)

Todo lo anterior, significaría un ejercicio real y equitativo del reconocimiento constitucional a la diversidad cultural, en efecto, la diversidad cultural es fundamento de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombia y dentro de ella se comprende la diversidad étnica y dentro de ésta, la diversidad indígena, pues en nuestro País según el último censo realizado por el DANE, existen 87 pueblos indígenas reconocidos; con idiomas diferentes, usos y costumbres particulares, y por supuesto diversas formas de ver el mundo.

Dentro de esa diversidad étnica, solo a la indígena mediante el artículo 246 de la Constitución Nacional, se encuentra facultada para ejercer funciones jurisdiccionales, mientras que a los demás sujetos negros, raizales, se les reconoce su diferencia étnica y cultural pero, no están facultados para impartir justicia, pese a tener sistemas, usos y costumbres, lo que implica al Juez constitucional, por interpretación los límites y alcances de ellos. (Zambrano, 2007)

Es por lo expuesto que dentro del contexto de la diversidad cultural en Colombia, como principio constitucional, el artículo 246 de la Carta Magna, trae consigo una serie de prerrogativas para los pueblos indígenas, ya que el mismo, además de otorgarles funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas, para aplicar justicia dentro de su territorio, conforme a sus normas y procedimientos; también establece que la Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional; ley que no se ha promulgado aún y que conlleva del mismo modo, a analizar la importancia del proceso de coordinación entre estas dos jurisdicciones, pues estamos hablando de dos sistemas de justicia, que pueden distar mucho, teniendo en cuenta las culturas involucradas.

Es por lo anterior, que en Colombia el Consejo Superior de la Judicatura, como institución líder, con la ayuda fundamental de la comunidad internacional, ha venido implementando una serie de políticas mediante las cuales se ha pretendido fortalecer esa forma de coordinación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción especial indígena, frente a la ausencia de una ley de coordinación.

2. Programa de Apoyo a la Coordinación y Cooperación de la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional⁷.

Como se estableció ya con anterioridad, el panorama político y jurídico en el plano nacional, trajo como consecuencia inmediata “la actualización” y reconocimiento de derechos a individuos sociales organizados en comunidades diferentes, otrora consideradas peyorativamente, resultando de ello que a las comunidades indígenas se les debe respetar, entre otras cosas, su forma de entender e impartir justicia.

Siendo de esta manera como se forzó la necesidad de encontrar una opción jurídica que el Consejo Superior de la Judicatura, inició una serie de contactos con organizaciones indígenas con el objeto de hacer posible este fin, y de esta manera nace el proyecto “*Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional*” financiado a través del Banco Interamericano de Desarrollo con recursos donados por el Fondo Especial Japonés y cofinanciado con recursos del Consejo Superior de la Judicatura, todo ello tras haber concretado la participación vital de la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC- y la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca.

La ONIC que significa Organización Nacional Indígena de Colombia, fue pensada según sus creadores como una gran “maloka” de los Pueblos Indígenas del país, surgió en 1982 como resultado de un consenso de las comunidades y pueblos indígenas colombianos reunidos en el I Congreso Indígena Nacional, con el propósito de defender

⁷ La información de este aparte fue obtenida en gran medida de: 1. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA Y LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN CON EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL. Ponente: Dra. LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Guatemala. Agosto 11 de 2004

2. También se consultó la página web de la Rama Judicial, en donde se referencia el proyecto de apoyo a la coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/contenido/plantillaFrame.jsp?idseccion=19&idpagina=2974&idsitio=6. Y documento del Consejo Superior de la Judicatura: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/Cuarta%20Parte.pdf. Julio 10 de 2008

3. Se utilizó la información específica del proyecto en el portal web de la Jurisdicción especial Indígena: <http://www.jurindigena.com>. Julio 10 de 2008.

4. Informe No. 1 de la Coordinación del Programa.

y promover los derechos de los pueblos indígenas. La ONIC agrupa gran parte de las comunidades indígenas del País, y Desde su creación, La Organización ONIC ha abanderado diversos procesos de lucha de los territorios indígenas de Colombia.⁸

En marzo de 2003 se firma el proyecto de “Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional”, que tras una discusión a profundidad con los representantes de los pueblos indígenas y el Consejo Superior de la Judicatura, y una vez fijadas ciertas reglas de organización, como la existencia de un comité asesor del programa, se procedió a la celebración del convenio de cooperación entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Organización Nacional Indígena del Colombia ONIC.

El objetivo del Convenio es *“Establecer los mecanismos de coordinación, participación y cooperación para la ejecución del proyecto ‘Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional’ entre el Consejo Superior de la Judicatura y la ONIC con el fin de mejorar el acceso a los servicios de justicia de los territorios indígenas garantizando y fortaleciendo el reconocimiento a la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de justicia de cada pueblo.”*

Y en una segunda fase se logró en el mes de abril del año 2003, al suscribirse el convenio de Cooperación Técnica no reembolsable ATN/JF-8209-CO entre la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional (ACCI) y el Banco Interamericano de Desarrollo BID; con el fin de ejecutar los componentes del Programa “Apoyo a la Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional”.

De ésta manera surgió el proyecto de Jurisdicción Especial Indígena, cuyos resultados permiten concluir el éxito de su formulación y el acercamiento de dos culturas jurídicas

⁸ ONIC. En <http://www.onic.org.co/> 22 de julio de 2008.

diferentes, cuyo entendimiento pacífico deviene del acercamiento de las partes logrado por estas acciones.

3. Contenido del programa “Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional”.

El programa “Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional” se propone contribuir a la efectividad de las garantías establecidas en la Constitución Política de 1.991 en materia de acceso a la justicia.

Objetivo del Programa

El objetivo general del programa es: *“mejorar el acceso a los servicios de justicia básica en los territorios indígenas, reconociendo la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de justicia de cada pueblo”*.

4. Antecedentes próximos⁹.

En concordancia con el desarrollo e impulso institucional que se le ha venido dando a la Coordinación del Sistema Nacional Judicial y la Jurisdicción especial Indígena, y con el objeto de avanzar en la materialización de las normas e impulsar el reconocimiento de los sistemas de justicia propia de los Pueblos Indígenas, el Estado colombiano ha continuado, a través del Consejo Superior de la Judicatura, los proyectos que - basados en el pluralismo jurídico-, impulsen la JEI, para lo cual ha recibido aportes de la comunidad internacional, a través de Cooperaciones Técnicas, créditos y donaciones.

Y en este orden de ideas, en el año 2007 se abrió una convocatoria de licitación internacional de la Unión Europea para el Proyecto Fortalecimiento del Sector Justicia - “Extensión de la coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción

⁹ Para este aparte nos servimos de la información disponible en www.jurindigena.com y en el módulo intercultural del pueblo yagua. (Ver Rueda, 2008).

Especial Indígena (JEI)”, cuya ejecución se asignó a la Universidad del Rosario, quién presento su propuesta, después de haber reunido en su equipo de trabajo a un selecto grupo de expertos conocedores de la Jurisdicción Especial Indígena, por lo cual, después del análisis de varias propuestas, incluidas las de algunas comunidades indígenas; fue escogida la de la Universidad del Rosario; todo este proceso estuvo acompañado del Ministerio del Interior y de Justicia, y del Consejo Superior de la Judicatura- Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

El Proyecto que se ha venido desarrollando desde hace un año, y que se encuentra en su fase de culminación, consiste en un proceso participativo con 17 pueblos indígenas de nueve departamentos (Amazonas, Antioquia, Cesar, Chocó, La Guajira, Huila, Magdalena, Putumayo y Vaupés) con representantes de la rama judicial, incluidos Jueces y Magistrados de las diferentes regiones del País, para la búsqueda de conocimiento y fortalecimiento de los sistemas jurídicos indígenas y de coordinación con el Sistema Jurídico Nacional, dándole de igual manera a conocer con mayor profundidad a los diferentes operadores jurídicos del País, los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y de igual manera permitiéndoles conocer directamente, cómo viven y como desarrollan su cultura las comunidades indígenas en nuestro país, realizándose un proceso paulatino de sensibilización. Todo lo anterior a través de diagnósticos de problemas intra e interétnicos, talleres de formación, encuentros de experiencias locales y uno nacional, con el fin de crear una Red de Formadores de 450 personas (300 de pueblos indígenas y 150 de operadores judiciales) entre las dos jurisdicciones.

En este contexto el Proyecto “Extensión de la Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena” (JEI), implementado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, que cubre 17 pueblos de los más de 87

existentes en Colombia, se ubica en el Plan de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” (EJRLB) dentro de su Fase I., como una forma de continuidad con el proceso que se ha venido implementando, para ser realizado con los pueblos: Kankuamo, Kogui, Arahuaco y Wiwa (Sierra Nevada de Santa Marta – Cesar Guajira y Magdalena); Embera Chamí (Risaralda), Tule y Embera Dovidá (Antioquia y Chocó); Ticuna, Kokama, Yagua, Bora, Okaina y Muinane (Trapezio Amazónico); Yanacona (Huila); Cubeo y Tucano (Vaupés)y Camentzá (Putumayo).

a. Objetivos del proyecto ejecutado por la Universidad del Rosario:

General: Contribuir a la consolidación del Estado de Derecho y a la reducción de la impunidad mejorando el entendimiento inter-jurisdiccional y la capacidad de respuesta del sistema de justicia. Y la autonomía y fortalecimiento de la” ley de origen” o “derecho propio” de los pueblos indígenas

Específicos:

- Diseñar y elaborar, participativamente con y para 17 pueblos indígenas de Colombia planes educativos y sus correspondientes módulos de autoformación y capacitación intercultural, en temas relacionados con la coordinación entre el SNJ y la JEI.
- Conformar una red de formadores.
- Realizar un encuentro nacional de experiencia entre las dos jurisdicciones.

b. Fases concretas de este proyecto.

Primera fase: Diagnóstico situacional y relacional: En el cual se realizaría un (1) taller de diagnóstico sobre cada uno de los 17 pueblos.

- Temas del diagnóstico indígena: 1. Autoridades Indígenas. 2 Experiencias y problemas de ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena 3. Experiencias y problemas de la Jurisdicción Ordinaria y otras autoridades frente casos de la Jurisdicción Indígena. 4

Normas o procedimientos (penales, administrativos, ambientales, civiles, etc.). 5.

Autonomía y Territorio

- Temas del diagnóstico con operadores jurídicos: 1. Experiencias y problemas de coordinación entre las dos jurisdicciones. 2. Identificación de temas y procedimientos requeridos para la capacitación y avance en procesos de coordinación. 3. Conocimiento, de los operadores jurídicos, de las concepciones, prácticas y procedimientos de la Jurisdicción Indígena y de la jurisprudencia nacional e internacional.

- Diálogos inter-jurisdiccionales sobre los anteriores aspectos.

Segunda fase: Talleres de participación, formación y acción de formadores/ formadoras para integrar la red

- Diseño de componentes de soporte pedagógico para cada uno de los 17 pueblos: 1. Diseño curricular (conocimientos y prioridades para cada pueblo) 2. Modalidades de capacitación y formación. 3. Mecanismos de seguimiento y evaluación. 4 Recursos didácticos apropiados (“módulos”). 5. Producción y validación con 17 Pueblos Indígenas en cooperación con la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 6. Aportes de la Asesoría Técnica Internacional.

- Realización de 30 talleres de formación para formadores/as (150 personas operadores/as jurídicos/as y 300 de Pueblos Indígenas): Dos (2) talleres de formación con cada uno de los 17 Pueblos Indígenas y conformación de una Red de Formadores/as.

Tercera fase: Encuentro nacional interétnico, intercultural e inter-jurisdiccional de experiencias.

- Foro Nacional de Intercambio de Experiencias

- Presentación del proceso realizado por cada Pueblo Indígena (con participantes indígenas y operadores jurídicos)

- Presentación de los módulos “interculturales” desarrollados a lo largo del proyecto.
- Presentación y análisis de los temas más importantes trabajados en cada pueblo.
- Diálogo con otras experiencias de coordinación a nivel nacional e internacional,
- Retos y propuestas para la coordinación inter- jurisdiccional.
- Conclusiones del foro.

En conclusión el trabajo que viene desarrollando desde hace varios años el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) -a través de su Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”- de diagnóstico, reflexión y capacitación a miembros de la Rama Judicial y representantes de Pueblos Indígenas alrededor de la cuestión de la relación y la coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena, ha ido dando frutos progresivamente, con el establecimiento y acompañamiento por parte del CSJ de procesos de fortalecimiento interno de las formas y sistemas de justicia indígena existentes en el país, de las Escuelas de Derecho Propio y de la generación de espacios de diálogo e intercambio entre distintas experiencias en este campo, que aún requiere ser tratado en profundidad, con las diferencias que corresponden a la diversidad cultural del país.

Así pues en síntesis, el Programa se inició en 2003 y ha ido avanzando progresivamente, culminando una primera etapa en 2006, desarrollándose con los pueblos Wayúu (fases I, II y III); Nasa o Páez del Cauca (fases I, II y III), a través de su Escuela de Derecho Propio “Cristóbal Secue”, y Uitoto, del río Caquetá (fases I, II y III); y actualmente (2007/2008), el Programa adelanta otras experiencias piloto con los pueblos Pijao; Achagua, Sicuani, Piapoco y Sáliva y Guambiano; los Pastos, Nasa-ACIN, Wayúu, Zenú. En este momento, supervisa –junto con el Ministerio del Interior y de Justicia-, el Proyecto “Extensión de la Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena” (2007-2008), ejecutado actualmente por

la Universidad del Rosario, con 17 pueblos indígenas de Colombia; sumándose a estos, el pueblo Uitoto del Amazonas; continuando con este interesante programa pionero a nivel mundial.

CONCLUSIONES

En términos generales se puede afirmar, que pese a que las comunidades indígenas han venido a lo largo de muchísimos años, aplicando formas propias de justicia y solucionando sus propios conflictos internos, el Estado y la Iglesia han tenido una injerencia limitante y discriminatoria en sus derechos como cultura diferente, utilizando desde la época de la colonia, formas de explotación y aprovechamiento económico en pro de beneficios específicos.

Sin embargo con la Carta de 1991, nuestro país tuvo un cambio significativo, pues se paso de una concepción más bien sesgada mediante la cual se consideraban a las comunidades indígenas como salvajes y se asimilaban sus derechos a los de un menor de edad, a una pluralista en la cual se reconoce que existe una diversidad étnica y cultural, donde la diversidad es protegida y respetada por rango constitucional, donde se acepta que existe formas diferentes de aplicación de justicia, desapareciendo el monismo jurídico, para darle paso al pluralismo jurídico, y donde el Estado pretende articularse con nuevos los sistemas jurídicos reconocidos.

En desarrollo de estas nuevas políticas constitucionales, el Estado Colombiano, con la ayuda trascendental de la comunidad internacional, ha venido desarrollando proyectos institucionales de coordinación con las comunidades indígenas y de fortalecimiento de sus sistemas de derecho propio, como el proyecto de “Extensión de la Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena” ejecutado por la Universidad del Rosario; donde el Estado ha pasado de un papel expectante, a uno activo

y participativo, donde se pretenden articular dos sistemas de justicia culturalmente diferentes, en desarrollo de un verdadero sentido de pluralismo.

CAPITULO II - CONTEXTO INTERNACIONAL. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y JUSTICIA INDIGENA.

“...Y aunque países han hecho esfuerzos por avanzar en lo referente a la legislación indígena, uno de los vacíos que se presenta en la democracia es la falta de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.”(Escobar et al., 2005:108)

Resumen

Este artículo plantea la importancia de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y de esta manera resaltar la ardua lucha que se dio, durante más de 25 años, para lograr, por su intermedio, un reconocimiento real de los derechos de los pueblos indígenas, de manera que se presenta una breve reseña histórica que sustenta el proceso de elaboración de la misma, y al tiempo un análisis general que permita un entendimiento de las premisas fundamentales que determinan su contenido, y en consecuencia, contar con una herramienta de percepción holística sobre la tendencia internacional actual respecto de la lectura pluralista, intercultural y multicultural de los derechos de los pueblos indígenas, y especialmente en relación con

su sistema de justicia –coordinación entre la justicia indígena y el sistema de justicia tradicional-.

Abstract

This article sets out the importance of the Universal Rights for the Native People Declaration, in this way to stand out the hard fight that has presented, in more than 25 years, to gain, for its ways, a real recognition of the native people rights, showing a brief historic review which support the elaboration process itself and, at the same time a general analysis, allowing an understanding of the fundamental premises that determine its content and, in consequence, to count with a tool for an holistic perception about the actual international tendency respect to the pluralist, intercultural and multicultural lecture of the native people rights and especially in relationship to its justice system – coordination between the native justice and the traditional justice system-.

Palabras Clave

Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, derecho internacional, derechos humanos, derechos indígenas, autodeterminación.

1. Introducción.

La realización de un artículo sobre este tema representa un intento de ubicación conceptual, que permita un acercamiento a la problemática tan delicada de la situación de los pueblos indígenas en el mundo, y de esta manera presentar este capítulo como una introducción a la lucha que estos pueblos han dado contra un mundo centrado en

una visión eurocéntrica, cargada de exclusión e indiferencia, frente a culturas y cosmovisiones diferentes, que constituyen en sí un sistema de valores inverso al contemplado por la consciencia de “occidente”.

Ahora bien, el desarrollo temático de éste aparte contempla un panorama internacional de los derechos de los pueblos indígenas, que pretende constituirse como una herramienta fundamental de entendimiento de la tendencia actual del derecho indígena en el mundo frente al sistema de ordenación filosófica y normativa de occidente, lo cual guarda plena sindéresis respecto del tema principal de éste trabajo en líneas generales, en cuanto que, la “convivencia” en paz de diferentes pueblos, con culturas y maneras de vivir y entender el mundo y su entorno –cosmovisiones- igualmente diferentes, solo es posible cuando se “conoce” la percepción social, económica, política y normativa del “otro”, de manera que la coordinación de sistemas de administración de justicia diferentes pasa primero por los derechos reconocidos internacionalmente a los pueblos indígenas, pues con éste reconocimiento explícito se evidencian elementos, características, y fenómenos que deben ser considerados y analizados en su totalidad para efecto de concretar una verdadera convivencia entre sociedades diferentes, lo cual incluye, por supuesto, la coordinación en su forma de administración de justicia.

Por lo anterior, en una primera parte se desarrolla y analiza el contexto internacional actual del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y en una segunda parte, se realizará un breve recorrido internacional de derecho comparado, tomando en cuenta para ello las definiciones actuales de justicia, territorio, autonomía y autodeterminación señaladas por la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Así pues, es importante tomar en cuenta que la discriminación racial, la explotación de recursos naturales, el conflicto armado y la negación del “otro” en sus diferentes expresiones, han hecho que la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas se constituya en una conquista suprema, pues con ella se culminó una etapa fuerte en la que se persiguió un reconocimiento de los pueblos indígenas como tales, y por tanto, considerar sus derechos en atención a su cosmovisión, dejando claro que se trata de seres humanos que se relacionan con el mundo de una manera disímil a la concebida por la sociedad occidental, comenzando por su relación con la tierra, de manera que no es el nivel de producción y el lucro económico lo que determina su forma de vida.

2. Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas

En este orden de ideas, esta primera parte del Capítulo segundo, pretende mostrar en un principio una corta reseña histórica, que pretende denotar el porqué fundamental de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y aclarar así el entendimiento de éstos respecto de si mismos frente a la sociedad occidental, por ésta razón se indaga de forma propedéutica acerca del significado de “indígena”, así como los intentos de definición dados por los diversos instrumentos internacionales, de manera que este acercamiento permita una idea general de cuál es la problemática que inspira la lucha de los pueblos indígenas por el reconocimiento real de sus derechos como comunidad diferenciada.

Posteriormente, se adelanta una reseña general sobre el proceso evolutivo de la Declaración Universal de los Derechos de los pueblos Indígenas, la cual empieza desde la década de los años 20 del siglo XX hasta nuestros días, todo ello fundamentado, principalmente, en los documentos relacionados por los dos grupos de trabajo

establecidos para la realización de lo que hoy resultó la Declaración adoptada, y además en los análisis de diferentes investigadores del tema.

Es importante resaltar que no se pretende un análisis exhaustivo del contenido de la Declaración, como si un intento de acercamiento a la problemática de los derechos indígenas, y de los principios que dan pábulo a la lucha por el reconocimiento de sus derechos, finalmente plasmados en ella, es decir, se pretende evidenciar un proceso evolutivo a través del tiempo, cuya consecuencia más importante fue la expedición de éste importante instrumento internacional.

Finalmente, la tercera parte de éste Capítulo pretende demostrar que pese a que la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas no tiene carácter vinculante, la importancia de sus planteamientos y premisas axiológicas, encontró eco en ordenamientos extranjeros, significando con ello una importante influencia a nivel internacional, y un avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Finalmente, abordamos las conclusiones que es posible extraer de la lectura holística del panorama internacional y del desarrollo del proceso que demarcó la adopción de la Declaración, tomando en cuenta la importancia que suscita hoy para el futuro respecto de los pueblos indígenas.

3. Antecedentes: Breve Historia

Los pueblos indígenas, y particularmente los asentados específicamente en el continente americano (Liévano, 2002:21-37), fundamentan su existencia tras una larga lucha por el reconocimiento de sus derechos a través de la historia, cobrando particular importancia el suceso de la conquista y colonización de estos territorios y sus comunidades, en la

medida que los colonizadores europeos caracterizaron este proceso por la violencia radical utilizada con el objeto de lograr un auge económico, razón por la cual el apoderamiento de sus tierras y de los recursos naturales principalmente, dieron lugar, de forma inexorable, al quebramiento injusto y derrumbamiento total de las instituciones políticas, organización territorial y cualquier modo de vida y organización más elemental de las poblaciones a “someter” (Kamenka y Erh-Soon, 2001:84-99).

En esta medida los derechos a la tierra y a los recursos naturales fueron los más conculcados, y de los cuales podría decirse que configuran una parte importante del fundamento esencial de la cosmovisión de los pueblos indígenas, en tanto que, por la práctica de conquista y colonia los pueblos indígenas soportaron desde entonces condiciones infrahumanas de vida en medio de la miseria y la pobreza, soportando las vejaciones, la desnaturalización y exclusión de su forma de vida: “La larga y dolorosa historia de la injusta e inhumana desposesión de los pueblos indígenas de sus territorios ha hecho que muchos de los pueblos indígenas no tengan tierra y recursos o tengan tierra y recursos tan escasos que no basta para sostener a sus comunidades y culturas” (Daes, 1997:43)

Estos hechos históricos determinaron la discriminación de la que son objeto los pueblos indígenas, incluso en la actualidad, y en este sentido se han pronunciado importantes investigadores, académicos e indígenas, llamando la atención especialmente en el fenómeno de transición de una sociedad agraria a una sociedad industrial: “ Durante los últimos 200 años, casi toda la población de este planeta ha pasado de ser una sociedad agrícola a ser una sociedad industrial perdiendo el contacto con la tierra. O bien se ha concentrando hasta tal punto de mejorar su propio bienestar que considera la tierra un simple medio de enriquecimiento”. (Ewen, 1995:19)

En medio de ese proceso histórico los pueblos indígenas han reaccionado de diferentes formas frente a las desigualdades que los acusan, la discriminación racial a la que se han visto sometidos, el desarraigo de sus tierras, el resquebrajamiento de sus instituciones políticas, el exterminio, la violación de derechos humanos, el desplazamiento de sus tierras y la agresión cultural. De tal manera que la resistencia armada, la diplomacia y el derecho han fungido como medios para lograr el reconocimiento de un conjunto de derechos que le son inherentes.

Especialmente en los últimos años se ha presentado una fuerte participación frente a la comunidad internacional, poniendo sus ojos en el derecho internacional como un instrumento susceptible de apoyar su causa (Anaya, 2005:26), y así lograr, con sumo esfuerzo, un reconocimiento político de importancia en la esfera nacional e internacional que consiguiera dar frutos frente a las reivindicaciones por ellos propuestos desde antaño, y en esta medida, como punto nodal en diferentes debates, fundamenta principalmente dichas reivindicaciones el tema de la autodeterminación, lo cual conllevará importantes consecuencias, que se cristalizarán precisamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

En este punto es importante, antes de entrar a describir brevemente el arduo proceso de gestación de esta Declaración, intentar puntualizar el alcance de la aplicación de la misma respecto de un ser humano “indígena”, pues es claro que este tópico suscitó importantes discusiones, identificando de manera general tres tendencias académicas.

Así pues, el término “indígena” hace referencia a originario: “... *todos los seres humanos somos indígenas de alguna parte. Sin embargo, en el vocabulario sociológico y político (y cada vez más en el jurídico también) el término “indígena” es empleado para referirse a sectores de la población que ocupan una posición determinada en la*

sociedad más amplia como resultado de procesos históricos específicos”(Stavenhagen, 2008:5), por lo tanto definir a las poblaciones indígenas como indígenas, en la práctica resultaría redundante y discriminatorio, en tanto que todos los habitantes del mundo somos originarios de alguna parte, y además conceptualizar de una forma restringida al “indígena” implicaría reconocer derechos en algunos casos y en otros negarlos, razón por la cual: “...en la actualidad, los pueblos indígenas son definidos, y así se identifican a sí mismos, en referencia a identidades anteriores a las invasiones históricas de otros grupos y a las historias que acompañaron a estas, historias que generaron, y continúan generando formas de opresión que ponen en peligro su supervivencia cultural y su autodeterminación como pueblos diferenciados” (Anaya, 2005:27).

Entonces de un lado se cuentan con las corrientes indígenas modernas que se oponen a todo intento de concepto unívoco, de otro lado están los organismos internacionales que buscaron construir definiciones que permitieran un desarrollo normativo consecuente, sin embargo estos han tendido al uso de caracterizaciones generales dejando en mano de los propios pueblos originarios el derecho a definirse (Civallero, 2007:4).

De esta manera el Convenio 169 de la OIT hace una referencia al ser indígena en su artículo primero, en el cual reseña los destinatarios del convenio en su artículo 1:

”(a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

(b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de

las actuales fronteras estatales y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”.

Complementando esta definición con lo que se manifiesta en su artículo 2, de la siguiente manera: *“La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”*¹⁰.

De otra parte, Martínez Cobo hace referencia al término de comunidades, pueblos y naciones indígenas como los que “teniendo una continuidad histórica con sociedades previas a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades ahora prevalecientes en esos territorios, o partes de ellos. Ellos forman actualmente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales, y su identidad étnica, como la base de su continua existencia como pueblos, de acuerdo a su propio modelo cultural, instituciones sociales y sistemas legales” (Martínez, 1986)

Finalmente en el documento presentado por la Presidenta del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Erica-Irene Daes, se reseñan los siguientes factores que permitirían conceptualizar a los indígenas:

- a) Prioridad en tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico;
- b) La voluntaria perpetuación de la diferenciación cultural, que puede incluir los aspectos de la lengua, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, leyes e instituciones;

¹⁰ Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. 27 de Julio de 1989.

c) Auto identificación, así como reconocimiento por otros grupos (...) como una colectividad diferenciada, y

d) Una experiencia de sometimiento, marginación, desposesión, exclusión, o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no. (Daes, 1996)

Tomando en cuenta lo anterior, la postura de los pueblos indígenas ha sido reiterada en que solo ellos tienen el derecho a darse una definición de sí mismos, con base en dos razones fundamentales, la primera referida a la posible exclusión a la que se vería sometidos quienes no deberían serlo, y en segundo lugar, que al dar la potestad a órganos externos, Vg. Naciones Unidas, éstos podrían determinar en un futuro que pueblo -o individuo- puede o no ser sujeto de este tipo de derechos -indígenas-. (Civallero, 2007:9)

A manera de conclusión la historia de violencia y de exclusión que pesa sobre el pasado, y en la actualidad sobre los pueblos indígenas, ha venido disminuyendo de forma paulatina gracias a la vehemente insistencia en su reconocimiento como actores políticos de importancia en el escenario internacional, acción y propósito que se ha puesto en marcha especialmente después de la década de los ochenta, aunque existe un gran trayecto por recorrer todavía para poder lograr un reconocimiento total de sus derechos y un tratamiento igualitario, y es en este sentido como se han pronunciado desde hace tiempo los diferentes representantes de los pueblos indígenas, así pues Marcial Arias García -De comité coordinador continental de organizaciones y naciones indígenas (Centroamérica y Sudamérica)- manifestó en su oportunidad la necesidad de mayor participación de los pueblos indígenas en los organismos internacionales, con el objeto de colaborar directamente en la solución de los principales problemas que afronta hoy la humanidad, así mismo reclamó un estudio más profundo y redacción de

propuestas sobre los derechos de autonomía y soberanía de los pueblos indígenas, y además lamentó que no se hubiera aprobado la declaración de derechos indígenas, pronunciándose en este mismo sentido diferentes pueblos indígenas que van desde Asia, Islas del Pacífico, África, Europa Septentrional hasta el Ártico (Ewen, 1995:35-111).

De tal manera, sigue siendo de gravedad percatarse de que a pesar de la lucha y de estar presentes en los escenarios internacionales, dentro de cada nación, los indígenas siguen dando una fuerte lucha por su autodeterminación e igualdad aún no reconocidas materialmente: “A pesar de la Existencia de marcos legales, que existen en la mayoría de los países latinoamericanos, es evidente que el clima social en el que viven la gran mayoría de los países indígenas es discriminatorio, de opresión, y explotación en todas las esferas” (Escobar et al., 2005:108).

4. Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Proceso de elaboración y evolución.

La adopción de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas se remonta a la década de los años 20 (1920-1925), con incipientes acercamientos por parte de la población indígena, iniciado con el jefe Cayuga Deskaheh cuando acudió a la sociedad de las naciones en 1923, como representante de las Seis Naciones De Los Iroqueses, con el objeto de lograr su reconocimiento sin que hubiere logrado éxito alguno¹¹.

Posteriormente, en 1949 las Naciones Unidas adoptan una resolución recomendado al Consejo Económico y Social que realizara un estudio sobre “*la situación de las poblaciones aborígenes y de los precitados grupos sociales insuficientemente desarrollados, en los Estados del continente americano*”, el cual no se llevo a cabo, por

¹¹ Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/spanish/indigenas/2003/>. Citado Noviembre 27 de 2007.

cuanto el Consejo Económico y Social asumió como práctica que no realizaría estudios de este tipo sino fueren solicitados por los Estados afectados, lo cual de hecho nunca sucedió (Anaya, 2005:88).

Ahora bien, gracias al movimiento de descolonización, la sociedad internacional se sensibilizó un poco más sobre la situación de los pueblos indígenas, resultando como producto inmediato y consecuente la adopción del primer instrumento internacional: Convenio 107 de la organización Social del Trabajo (OIT) de 1957, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, el cual pese a todo: *“Refleja las premisas del asimilacionismo en vigor entre los elementos políticos dominantes en los círculos nacionales e internacionales en el momento de su adopción, El sistema de valores que promovió la emancipación de los territorios coloniales durante la primera parte del siglo XX promovió al mismo tiempo la asimilación de los individuos pertenecientes a grupos culturales diferenciados en los sistemas políticos y sociales en que están incluidos. La asimilación y los derechos de plena ciudadanía fueron utilizados para atraer al redil del autogobierno a los grupos indígenas que habitaban en países independientes o recientemente independizados”* (Anaya, 2005:89).

En esta medida el convenio 107 de la OIT intentó la mejora en las condiciones de vida, tanto a nivel político como cultural y económico, de los pueblos indígenas en general, sin embargo, es necesario precisar que este convenio y los programas del Instituto Indigenista Interamericano desarrollados dentro del esquema de los derechos humanos de mitad del siglo XX, han sido rechazados debido a sus elementos asimilacionistas o integracionistas, siendo igualmente necesario destacar que estas primeras iniciativas referidas a derechos de los pueblos indígenas fueron las que generaron un mayor interés

internacional y coadyuvaron a que con el tiempo se establecieran un nuevo régimen mas garantista y más específico (Anaya, 2005:91).

De otro lado, entre 1970 y 1971 en respuesta a informes sobre violaciones de los derechos humanos, en 1970 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, recomendó que se hiciera un amplio estudio sobre la situación de los pueblos indígenas, del cual fue encargado José Martínez Cobo como Relator General encargado de dicha labor¹², aunque es importante reparar en que ya en 1953 la Oficina Internacional del Trabajo, había publicado un estudio sobre las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes, en el cual se llegó a la siguiente conclusión: “En general, el nivel de vida de las poblaciones aborígenes en los países independientes es extremadamente bajo y en la gran mayoría de los casos es considerablemente inferior al de las capas menesterosas de la población no aborígen”¹³.

En 1977 tuvo lugar la conferencia de Naciones Unidas, a la que acudieron representantes de los pueblos indígenas, y cuya consecuencia principal fue su irrupción, de manera contundente, ante los organismos de derechos humanos de Naciones Unidas explicitando demandas fundamentadas en derechos humanos de aplicación general (Anaya, 2005:94).

Así las cosas, en esta década de los años 70, el relator especial Martínez Cobo presentó sus informes sobre el progreso de su trabajo, para después presenciar la creación del Grupo de Trabajo Sobre Las Poblaciones Indígenas, el cual comenzó a discutir con

¹² Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/spanish/indigenas/2003/>. Citado Noviembre 27 de 2007.

¹³ Citado en el informe del relator especial. Documento E/CN.4/2002/97. 4 de Febrero de 2002. Párrafo 34, Pág. 14.

varias organizaciones indígenas de todo el mundo y con representantes de los Estados nacionales afectados, un nuevo esquema relacionado con un marco legal global ajustado específicamente a la realidad de los pueblos indígenas (Barie, 2003).

Es 1983 el año en el que comienza la formulación de un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblo indígenas, labor que se prolongó durante una intensa década siendo hasta 1993 cuando el Grupo de Trabajo adoptó el texto de declaración, y lo sometió a la aprobación de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que, a su vez, adoptó el texto en 1994 (International Work Group for Indigenous Affairs, N/D) y lo envió a consideración de la Comisión de Derechos Humanos.

Ahora bien, es importante precisar que entre tanto, el avance en el reconocimiento y protección a las poblaciones indígenas cobró mayor importancia a partir de la Cumbre de Río, realizada en 1992, por cuanto en ella se refirió de forma directa la importancia en el cuidado de los conocimientos tradicionales de estos pueblos (ONU, Doc. A/CONF.151/26), y entre otras importantes consecuencias, pues “En el principio 22 de la Declaración de Río se reconoce a los pueblos indígenas como asociados a nivel social y político en la realización de un desarrollo sostenible y subraya la originalidad de las culturas indígenas” (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2003/3), y de esta manera, como producto de este estado de cosas, el año 1993 fue declarado Año Internacional de las Poblaciones Indígenas (ONU, Doc. A/RES/48/163), y así mismo, fue en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena, en donde se recomendó establecer un decenio internacional para las poblaciones indígenas, proclamado finalmente entre 1995 y 2004 (ONU, Doc. A/CONF.157/23).

En los años que siguieron se establecieron el Grupo de Trabajo sobre un Proyecto De Declaración Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y un segundo decenio internacional para los pueblos indígenas del mundo (2005-2014) con el fin de fortalecer la cooperación internacional, incluido también el desarrollo económico y social (Doc. A/60/270).

Así las cosas, durante el primer decenio tan solo hubo consenso en dos artículos, en vista de que fueron los que no presentaron ninguna controversia: 6 y 44 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas (Méndez y Castro, 2006), sin embargo entre finales del año 2005 y principios del 2006, el Grupo de Trabajo en su 11ª sesión encargó a su presidente relator la elaboración del texto definitivo el cual sería aprobado definitivamente en la 62ª sesión de la comisión de derechos humanos: *“En resumen, la historia del proyecto de declaración debe contemplarse como un proceso cada vez más ambicioso en el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, si bien el texto final limita algunos de los derechos que se contemplaban inicialmente en el texto de 1993. Este proceso se ha beneficiado de un contexto nacional, regional e internacional cada vez más favorable al reconocimiento de sus derechos colectivos y específicos. El proyecto de declaración de 1989 era impensable antes de 1986 (con la finalización del Estudio de Martínez Cobo antes mencionado), así como el texto de 1993 no podía haber visto la luz sin las reuniones preparatorias de la conferencia mundial sobre los derechos humanos de Viena y los documentos emanados de la Cumbre de Río. A partir de los 90, un gran número de constituciones latinoamericanas incluyeron el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y la promulgación de leyes cada vez más completas para la*

implementación y defensa de estos derechos se ha ido acelerando en los primeros años del siglo XXI. Todo ello ha redundado en una atmósfera mucho más receptiva y favorable al proyecto de declaración que la existente en 1995. No es por tanto casualidad que haya sido en 2006 cuando el consejo de derechos humanos haya aprobado finalmente este proyecto de declaración” (Méndez y Castro, 2006:336).

De manera que entre 1985, 1987, pasando por 1989, 1993 y 2007, la Declaración hoy conocida evolucionó de una declaración de principios, entre los que se consagraban: La libertad, la igualdad, la prohibición del genocidio, el respeto por sus principios religiosos¹⁴, a una declaración con un articulado fuerte y con un proyecto humanitario e ideológico mucho más ambicioso que el visualizado en un principio.

Así, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se convierte en una norma internacional de derechos humanos, siendo importante resaltar que a pesar de que cubre un amplio ámbito de derecho de los pueblos indígenas, no crea ninguno nuevo, pues se funda en las ya existentes normas y principios internacionales de derechos humanos aplicándolos de forma específica a los pueblos indígenas, luego en esencia la Declaración lo que hace es plantear los estándares mínimos para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas (Stidsen, 2008:586).

En este orden de ideas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas, trata distintos tópicos como la defensa de los derechos fundamentales, tomando en cuenta que son pueblos con culturas diferenciadas, por lo cual remiten al derecho a la igualdad, ciudadanía y autodeterminación principalmente; así mismo en los artículos 6 al 10 reseña el cuidado a la integridad física, a la seguridad, a la vida y particularmente a lo referente frente al desplazamiento forzado; de otro lado

¹⁴ Ver Doc. UN E/CN.4/Sub.2/1985/22 y Doc. UN E/CN.4/Sub.2/1987/22

consagra disposiciones relativas a su vida religiosa, el leguaje, para posteriormente abordar la problemática relativa al derecho a la educación y los medios de comunicación; en cuanto refiere a los derechos a la tierra, territorios y recursos naturales, éstos se encuentran consagrados en los artículos 25 al 32 con importantes consideraciones, cuyas consecuencias estarán por verse en un futuro; por otra parte, se dispusieron artículos referentes a autogobierno y leyes indígenas tales como pertenencia, costumbres, responsabilidad; así como la implementación por parte de las naciones, y el entendimiento que debe ser dado a la declaración una vez aprobada.

De la lectura integral de la Declaración Universal de los Derechos De Los Pueblos Indígenas, es posible extraer como corolario necesario que ésta descansa sobre un principio fundamental que matiza, y consecuentemente da pábulo, a la declaración entera, como es el derecho a la libre autodeterminación, que implica necesariamente la igualdad en oportunidades y derechos con el resto de la población no indígena, y el disfrute de la tierra y sus recursos de acuerdo a su cosmovisión.

El derecho a la libre determinación (artículos 3, 4, 23 y 32), planteo una enorme discusión respecto de la autodeterminación de los pueblos indígenas frente a los Estados considerados como tales, puesto que era evidente la zozobra que se presentó respecto de la posibilidad de una secesión, que amenazaría la unidad territorial y política de dichas naciones, sin embargo, ya en la declaración de los pueblos indígenas de Julio de 1987 se había dejado en claro que: *“el derecho a la autodeterminación es fundamental para gozar de todos los derechos humanos. Del derecho de la autodeterminación surge el derecho a la soberanía permanente sobre la tierra -incluyendo las tierra aborígenes, ancestrales e históricas- y otros recursos naturales, el derecho a desarrollar y mantener instituciones de gobierno, el derecho a la vida y a la integridad física, a la forma de vida y religión”*. Luego, este derecho determina, en el sentido de los pueblos

indígenas, la facultad de mantener sus diferencias y determinar su futuro colectivamente, y en esta medida lograr una participación efectiva en la vida política, económica, social y cultural de las naciones, sin negarles el pleno goce de los derechos establecidos por la ley internacional de derechos humanos (Burger, 2001:8-10):

“...ellos quieren simplemente tener un grado mayor de autonomía y autogobierno, y tener instituciones políticas con las que puedan influir en su propio desarrollos económico, social y cultural” (Absjorn, 2001:50-51).

Y en este mismo sentido se ha pronunciado la mayoría de los académicos investigadores, incluso los relatores especiales de Naciones Unidas, pues la autodeterminación, en el entendido de los pueblos indígenas, radica en la posibilidad de convivencia política, en el marco de una unidad política diferente (autodeterminación externa), es decir que no necesariamente se traduce en una independencia política, sino en negociación en igualdad de circunstancias entre un pueblo y el Estado al que pertenece, o en el caso de tratarse de una autodeterminación interna, para referirse a la forma de organización política y económica interna de un pueblo sin que necesariamente las relaciones externas ya establecidas se vean afectadas, luego, la autodeterminación se considera, en este caso específico, como un proceso y una red compleja de relaciones entre un pueblo y el Estado al que pertenece (Stavenhagen, 2008:29).

Luego existe consenso en el hecho de considerar que, el autogobierno de los pueblos indígenas tiene como base fundamental el desarrollo consensuado de un orden político, que permite matices y que acomoda distintos patrones de asociación tanto hacia adentro como hacia fuera, luego la autodeterminación constitutiva requiere que las instituciones de una determinada nación no sean, de ninguna manera ni bajo ningún supuesto,

impuestas a los pueblos indígenas, sino que por el contrario deben ser el resultado de procedimientos que respeten sus preferencias dentro de una serie de opciones razonables (Anaya, 2005:240-241).

Lo anterior significa que el principio de la autodeterminación debe ser considerado, e interpretado, bajo la égida de los derechos fundamentales, pues solo bajo ésta óptica es posible percatarse de que “la autodeterminación plena, entendida correctamente, no requiere o justifica un Estado separado, e incluso puede verse dificultada por la creación de un nuevo Estado”, y dado que la autodeterminación encuentra su fundamento en la libertad y la igualdad, y éstos valores se predicen de los seres humanos, pues la autodeterminación como principio de derecho internacional beneficia a seres humanos en cuanto tales, no a los Estados (Anaya, 2005:31 y 139-141), lo cual obliga a concluir que este principio no implica la secesión o desmembramiento de un Estado, sino por el contrario la posibilidad de una convivencia política y cultural –especialmente- en paz.

De esta manera es posible evidenciar que éste principio toca con el cuerpo total de la Declaración, pues en los artículos mencionados y en otros complementarios, como el 18, 19, y en especial los artículos 25 a 32, buscan una posibilidad de implementación de sus propias actividades políticas en el contexto de una nación determinada, haciendo valer el derecho a la participación y consentimiento libre, previo e informado, así como el derecho a la tierra y a sus recursos, entendiendo así que todos estos derechos se encuentran matizados de una forma vital por el derecho a la libre autodeterminación, y en este sentido dicho principio se torna como un ponderable que inspira gran parte de la ideología de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la medida en que de su estricta aplicación no podría realizarse Vg. acciones militares dentro de sus territorios, luego la protección de los derechos a la tierra y a sus recursos

resulta prioritaria para el desarrollo de sus culturas y forma de vida (Méndez y Castro, 2006).

Por su parte, el movimiento indio –ONG- “Tupac Amarú” sentó su posición ante las Naciones Unidas explicitando precisamente en éste sentido el contenido de la libre determinación, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 3 –autodeterminación-, 31 –derecho colectivo a la autonomía y autogobierno-, en los artículos 25, 26, 27, 28 –referidos a tierras, territorios y recursos naturales- y 29 –patrimonio cultural e intelectual- del proyecto de declaración de derechos de los pueblos indígenas (ONU, . Doc. E/CN.4/2003/NGO/250).

“...sin el reconocimiento del derecho a la tierra, los derechos a la identidad cultural y a la autonomía son sólo reconocimientos formales” (Rodríguez, 2005:117)..

De otro lado, el caso colombiano ha reflejado en decisiones jurisdiccionales una tendencia de este tipo, en tanto que, en caso de explotación de recursos naturales en tierras indígenas, esta se debe realizar sin que influya negativamente en la integridad cultural, social y económica de las comunidades, y que todas las decisiones al respecto se deben adoptar con la participación de los representantes de las comunidades (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/30.).

Igualmente, es tal la importancia de éste principio que incluso toca el derecho a la tierra, territorios y recursos naturales, por cuanto la autodeterminación implica de forma profunda su cosmovisión y relación con el entorno en el que se desenvuelven, y en ese sentido es importante anotar, que los pueblos indígenas se pronunciaron de forma enérgica en contra de las actividades militares en sus territorios, llamando la atención el hecho de que Vg. El asentamiento de bases militares en territorios indígenas, trae consecuencias negativas no solo de seguridad, sino culturales, pues se presenta con su

advenimiento la irrupción de modos de vida completamente diferentes a los del pueblo indígena: *“Un representante indígena en el Grupo de Trabajo afirmó que estas personas no indígenas traen con ellas sus propios estilos de vida, inclusive actividades como la prostitución, el alcohol, etc, lo que ha supuesto una amenaza para la forma de vida de su comunidad”* (ONU, Documento E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/2).

Además de lo anterior, representan un serio peligro para su supervivencia en la medida que además de la amenaza cultural, al tratarse de bases militares como tal, se desarrollan actividades bélicas destructivas, y apoderándose en su desarrollo de territorios indígenas, en algunas ocasiones ocasionando la pérdida definitiva de éstos.

De igual manera se refirieron respecto de la utilización de sus tierras por parte de autoridades y grupos ilegales, causando graves violaciones a derechos humanos, sin que por ello se encause judicialmente a sus agresores, lo cual conlleva a que no se reconoce lo que existe en el fondo: Una Política de Exterminación Sistemática.

En éste mismo orden de ideas se tiene el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Colombia, en tanto que pone de presente las continuas violaciones de derechos humanos por cuenta del conflicto armado, así como la fragilidad de la jurisdicción indígena, los efectos negativos de proyectos productivos que afectan de forma grave a sus comunidades, los bajos indicadores de desarrollo social, la falta de apoyo a su concepto de neutralidad (Sanchez, 2003: 32-36), entre otras, lo cual refuerza de forma contundente la consecuencia y las razones de peso que los pueblos indígenas oponen a la posibilidad de militarización/intervención militar de sus territorios, siendo claro que de permitirse ello, se estarían violando los principales derechos indígenas, comenzando por el de la autodeterminación, pues si no es posible dirigir su territorio de acuerdo a su

cosmovisión y cultura, y sin interferencias foráneas indeseadas, ésta se hace nugatoria por completo, y en esa medida obsoleto el pueblo indígena.

Así las cosas, la problemática del territorio, tierras y recursos naturales conlleva toda una serie de implicaciones negativas que, por causa del conflicto armado y manejo de recursos naturales, motiva el rechazo de los pueblos indígenas en general respecto de la intervención militar, siendo importante tomar en cuenta que es la neutralidad el principio que fundamenta su posición ideológica frente al conflicto, y en esta medida lo que se sugirió, fue la implementación de pactos entre los diferentes actores armados que aseguren esa neutralidad, y de esta manera no se permita la intromisión de cualquiera de éstos en cualquiera de los aspectos de la vida indígena.

Con base en lo anterior, es claro que éste principio fundamental inspira, y matiza, la Declaración completa, luego su análisis debe realizarse tomando en cuenta que se trata de una cultura diferenciada, cuya inteligencia y forma de vida se determina por parámetros de convivencia social y de relación económica y política con sus semejantes y su entorno completamente diferente, por no decir opuesta, a la practicada por la cultura occidental.

Finalmente la declaración universal de los derechos de los pueblos indígenas fue adoptada por 143 votos a favor, 4 votos en contra de Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos, y 11 países que se abstuvieron, Azerbaijón, Bangladesh, Bhután, Burundi, Georgia, Kenia, Nigeria, Federación Rusa, Samoa, Ucrania y Colombia, que en su intervención manifestó -sin que pudiera entenderse hoy por que en el pasado nunca se pronunció al respecto-: *“...said his country had incorporated a wide range of rights within its national system. Under the framework of the 1991 Constitution, Colombia stood out as one of the most advanced with regard to recognizing the*

collective rights of indigenous peoples. For the State, the recognition of traditional territories for the different communities was fundamental. Colombia had some 710 reservations occupying about 32 million hectares. By the end of 2007, the area should reach 29 per cent of the national territory. Those properties could not be seized or transferred. Reservations participated in the central government budget transfer system. All members of the various communities were covered by health services that were subsidized by the State”¹⁵.

5. Influencia y recepción de postulados mínimos de normatividad internacional en ordenamientos jurídicos extranjeros.

Ahora bien, es claro que la declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas se constituye en un instrumento internacional que sintetiza y representa una larga lucha por el efectivo reconocimiento de los pueblos indígenas, y por tanto de su derecho al derecho propio, razón por la cual, ésta declaración señala cuales son los parámetros que la sociedad en general debe tomar en cuenta para lograr la convivencia pacífica y justa entre los diferentes actores sociales del mundo, hecho, que como se demostrará en desarrollo de éste acápite, ha significado una evidente recepción de las demandas de antaño de los pueblos indígenas, lo cual se verá reflejado tanto en los fenómenos constitucionales, como en sus recientes desarrollos legislativos, y su proceso de concertación:

¹⁵ www.un.org/news/press/docs/2007/ga1612.doc.htm. (Jairo Montoya, delegado de Colombia frente a este acto manifestó: “Dijo que su País ha incorporado una amplia gama de derechos dentro de su sistema nacional. Bajo el marco de la Constitución 1991, Colombia se destacó como uno de los más avanzados con respeto al reconocimiento de los derechos colectivos de pueblos indígenas. Para el Estado, el reconocimiento de territorios tradicionales para las comunidades diferentes era fundamental. Colombia tenía aproximadamente 710 reservas que ocupan aproximadamente 32 millones de hectáreas. Hacia el final de 2007, el área alcanzaría el 29 por ciento del territorio nacional. Aquellas propiedades no podían ser enajenadas o transferidas. Las reservas participaron del sistema de transferencia de presupuesto central de gobierno. Todos los miembros de varias comunidades fueron cubiertos por la Seguridad Social que fue subvencionada por el Estado.)

“The recognition of indigenous peoples and of their right to control their institutions, habitat and territories, to self-government, legal systems, authorities, identity, languages and culture, as well as their right to participate in the regional and national plans that may affect them, has supposed a long, as of yet inconclusive, struggle in Latin America. The 16th century ideology of the natural inferiority of the indigenous people, the republican heritage of the notion of the nation-state and the state-law identity of the 19th century have impeded the full recognition of the dignity of different peoples and cultures and of the diverse indigenous legal systems. This situation has been contested by the different indigenous and peasant movements and also, over the past decade, by important normative changes” (Yrigoyen, 2004:32-35).

Los puntos clave de multiculturalidad, autodeterminación, autonomía, identidad y territorio, se configuran un punto de partida y un “norte” cuya observancia es obligatoria en el dialogo interinstitucional y social que sustenta la idea de una coexistencia de culturas y pueblos diferentes, como la sociedad occidental y los pueblos indígenas, y en este sentido la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, resalta el derecho de cualquier pueblo indígena a reconocer su carácter de igual ante otros pueblos, su derecho de darse su propio derecho, y a reconocer la diferencia entre pueblos y a sí mismos como diferentes, constituyéndose ésta sola manifestación en un eslabón de vital importancia en el camino de la coordinación social de saberes culturales, políticos, económicos y, por supuesto, jurisdiccionales entre los pueblos indígenas y la sociedad occidental:

“Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”.

Razón por la cual, el reconocimiento de la diferencia es el punto clave que determina el adecuado entendimiento entre culturas, y en este sentido, ésta necesidad deviene de la urgencia del ejercicio real y pacífico del derecho a la autodeterminación:

“Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos” (ONU, Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas).

Por lo anterior, es con ésta Declaración que se avanza, a nivel internacional, en la demanda del ejercicio pleno de los pueblos indígenas de su propia institucionalidad y organización política, social, económica, jurídica y cultural:

“Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

De ésta manera, es importante considerar que con ésta Declaración se consolida una nueva etapa de evolución filosófica y normativa en la concepción pluricultural del mundo y el reconocimiento efectivo de los pueblos indígenas, que vigoriza el impulso ganado con el Convenio 169 de la OIT, y cuyas consecuencias están por evidenciarse en el desarrollo normativo de los mandatos constitucionales que han reconocido los Estados pluralistas y democráticos de Latinoamérica, y en este sentido, es pertinente manifestar que estos contenidos mínimos de convivencia y de derecho fijados por la Declaración, son los que van a influir en las regulaciones internas de cada País, incluso aunque éste importante instrumento internacional no hubiere sido suscrito por la totalidad de Países, y especialmente por Colombia, dado que precisamente estos

mínimos se constituirán en el derrotero de los debates, diálogos y acercamientos que definirán los consensos necesarios para consolidar una herramienta jurídica que haga real la coexistencia de estos pueblos en la sociedad que vivimos.

Esto es así en tanto que estas discusiones no van a tocar y analizar temas diferentes a los reconocidos mundialmente, y que fueron construidos con la participación activa de los pueblos indígenas del mundo, luego, los desarrollos legislativos que consoliden los mandatos constitucionales de los países que se han reconocido como pluriculturales, como Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia, y que inclusive han reconocido los derechos de los pueblos indígenas constitucionalmente, así como su autodeterminación, su derecho propio, sus propias normas, su identidad, su lengua y su ordenación político-económica.

Es claro que países como Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia y Perú han adelantado una labor de acercamiento importante entre estas culturas, cada uno con sus particularidades, y éstos adelantos se han presentado desde la década de los noventas, cuando los movimientos indígenas comenzaron a tomar protagonismo en la escena social de Latinoamérica, especialmente en lo que se refiere a el pluralismo, multiculturalidad, derechos de los pueblos indígenas, y sistema de derecho propio:

“In the final decade of the 20th century there was a tendency that resembled the constitutional reforms initiated by the countries that make up the Andean Community of Nations: 1 Colombia, Peru, Bolivia, Ecuador and Venezuela. These countries had ratified Agreement 169 of the 1989 International Working Group on Indigenous People and Tribes in Independent Countries (Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989), which gave them a similar legal framework. Among the normative reforms, I would like to highlight the recognition of: a) the pluri-cultural nature of the state/nation/republic, b) the rights of

indigenous people and peasant communities, c) indigenous law and special jurisdiction. Although these reforms are not exempt from contradictions and limitations, it is fitting to interpret them from a pluralist perspective that allows for the construction of the bases of a pluri-cultural state” (Yrigoyen, 2004).

En este orden de ideas, las demandas de los pueblos indígenas radican básicamente en tres tópicos, el primero, en relación con los derechos colectivos a la libre determinación y autonomía, que les permita afirmar y preservar su identidad, y de ésta manera auto gobernarse, lo cual incluye la administración de justicia en ciertas materias, de acuerdo a sus propias costumbres ancestrales, y decidir o participar en la elaboración y ejecución de estrategias y planes de desarrollo para la comunidad; el segundo, los derechos colectivos y recursos naturales, así como la protección de la biodiversidad y medio ambiente; el tercero, se resume en la conservación y apoyo al desarrollo de su cultura (Zalaquett, 2008:2), y son éstos precisos tópicos los que informan de manera directa los desarrollos legislativos y constitucionales del sistema de administración de justicia indígena, especialmente en lo que refiere a Venezuela y Bolivia, como veremos a continuación.

La discusión doctrinaria que se ha presentado respecto de éstos tópicos ha sido intensa, y se dirige a un entendimiento intercultural de los derechos, que no se resuma en una “evolución” del derecho indígena hacia el derecho positivo y ordinario, razón por la cual las propuestas de armonización y/o coordinación deben contemplar la capacitación de autoridades indígenas, jueces y estudiantes de derecho, todo ello con el fin de propiciar una conciliación entre las diferencias culturales, para lo cual juega un papel protagónico el pluralismo jurídico y la interculturalidad (Walsh, 2002:4-5).

De ésta manera, el escenario doctrinal de discusión con saberes ancestrales, arroja como resultado, la urgente necesidad de entender el derecho indígena como algo no

escriturizado, absolutamente dinámico y en cambio constante, con un sistema de autoridades con gran legitimidad en las comunidades, lo cual ha conllevado una necesaria renovación normativa y teórica (Ramírez, 2002:4):

“Los pueblos indígenas reclaman un reconocimiento que atraviese transversalmente temas de importancia nacional como son los de la tierra, la condición política, las formas de gobierno y administración de justicia, respeto a sus culturas, participación - en distintos niveles- de la toma de decisiones de gobierno... No obstante las resistencias mencionadas, a partir de los 80, y con mayor auge en los 90, se han producido reformas relevantes en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, que avalan el criterio del respeto a los pueblos indígenas en el marco de un paradigma que ha transitado el camino de la asimilación – integración para llegar finalmente al desafío de la construcción de un Estado pluricultural” (Ramírez, 2004:5).

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina ecuatoriana, a propósito del contenido de imperioso una ley de coordinación, cuando refiere la necesidad de armonizar los sistemas de administración de justicia, sobre la base de que ello no significa de ninguna manera, que se presente un fenómeno de absorción, que conlleve a entender que la justicia indígena se inserta en los parámetros del sistema nacional tradicional, sino que por el contrario, se articulen los dos sistemas de tal manera que exista armonía en la aplicación de cada uno de ellos :

“Debemos por un lado reconocer las normas y prácticas que los indígenas han desarrollado en la administración de justicia. Por otra parte, debemos tratar de armonizarlas con las normas del derecho ecuatoriano y universal. Ahora bien, armonizar disposiciones no es sobreponerlas. Si se trata de armonizar las disposiciones de la Constitución y las leyes ecuatorianas con las normas y prácticas que ya existen en la sociedad indígena ecuatoriana, el asunto no es ponerlas una sobre otras ni una

delante de otras, sino articularlas de manera tal que no se produzcan conflictos o que no se perjudique a la justicia” (Ayala, 2002:3-4).

Y en este sentido, la coordinación de la justicia indígena debe definir con claridad temas como la competencia, y en este caso, se ha planteado, por algún sector doctrinal, la necesidad de “recoger” por escrito las costumbres, las reglas y las prácticas de los pueblos indígenas, además se ha propuesto en éste País –Ecuador- una equidad “interétnica”, que significa un aprendizaje en doble vía, es decir, no solo desde el derecho “ecuatoriano”, sino también desde derecho indígena, todo lo cual, además implica una “reingeniería” de la totalidad de la legislación (Ayala, 2002:3-4).

Guardando *sindéresis* con lo anterior, en Perú también se ha propuesto que el reconocimiento de los pueblos indígenas –rondas campesinas-, pase necesariamente por una labor similar a la descrita por Enrique Mora Ayala en Ecuador, toda vez que, los cambios de la legislación peruana radican en reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derechos, lo cual determina un cambio en la concepción del Estado, pues debe reformarse la concepción de nación, ya no únicamente como pluralista, sino en pluricultural, pluriétnica, multilingüe, además del tema referente al territorio, el manejo de recursos naturales, hidrocarburos y minería, derecho al desarrollo, educación, idiomas, conocimientos tradicionales, acción de amparo, iniciativa legislativa, participación política y administración de justicia (Ballón, 2002:3-5).

En este sentido, Colombia también se ha manifestado de manera clara frente a la necesidad de reinterpretar y resignificar la normatividad y la filosofía jurídica que explica las relaciones del estado y de la sociedad frente a las minorías étnicas, afro descendientes, y pueblos indígenas, todo ello en el marco del multiculturalismo, pluriétnicidad e interculturalidad, fenómenos que conllevan necesariamente la

justificación de un trato diferenciado, precisamente con el fin de garantizar la supervivencia cultural y física de éstos grupos:

“En conclusión, tanto el Estado social como el Estado multicultural contemplan una igualdad de trato que admite diferenciaciones, ambos son además Estados interventores, pero los objetivos perseguidos por el Estado social son distintos a los perseguidos por el Estado Multicultural. En el Estado multicultural, la protección y la promoción de las diferentes identidades étnicas y culturales constituyen el objetivo razonable que justifica tratos diferenciados. En el Estado multicultural, por eso, el objetivo político y estatal de “reducir” y de “civilizar” los pueblos indígenas, tal y como lo ordenaba la Ley 89 de 1890, no constituye una justificación para “diferenciaciones legítimas”, sino que constituye el sustento para las discriminaciones culturales, y es por lo tanto un objetivo inconstitucional.

En otras palabras, el objetivo constitucional de proteger y de promover la identidad y la integridad de las minorías culturales comprende, en primer lugar, el objetivo de garantizarles su subsistencia física y cultural, lo que implica adelantar todo tipo de acciones políticas, constitucionales, legales, administrativas, reglamentarias, judiciales y, si es del caso, de policía, que sean adecuadas, necesarias y oportunas para evitar que estos grupos étnicos y culturales sean víctimas de una desaparición física y cultural forzada” (D’Abraccio, 2002:9).

De ésta manera, las diferentes posiciones doctrinales y prácticas de diferentes estamentos y países, coinciden en los postulados y contenidos mínimos que se han fijado en las normas internacionales, tales como el convenio 169 de la OIT, y en la reciente declaración Universal de los derechos de los Pueblos Indígenas, precisamente debido a que la larga lucha que estos pueblos han dado por su reconocimiento efectivo, deviene representada en los mismos tópicos que hoy se refieren, tales como la

autonomía, el territorio, los recursos naturales y su desarrollo cultural, elementos éstos que debe ser considerados en los intentos de coordinación judicial que se construyen actualmente en América Latina, para lo cual, la comprensión cultural del otro es imprescindible, y solo a partir de ella podrá lograrse una efectiva armonización de estos diferentes sistemas de administración de justicia.

En este orden de ideas, la recepción de las diferentes demandas de los pueblos indígenas, que han encontrado eco en los diferentes instrumentos internacionales, conlleva a concluir que la efectiva coordinación entre los diferentes sistemas de administración de justicia –indígena y occidental-, pasa en gran parte por un acertado entendimiento de la pluriculturalidad e interculturalidad, que conduciría a una atenta delimitación de competencias -que permitiría precisar la intervención de las diferentes autoridades, ya sea de manera concurrente o excluyente- y también del diseño de un adecuado sistema de solución de conflictos de competencia:

“En esta materia, igual que en todo conflicto entre normas de dos familias jurídicas diferentes, se ha de proceder a la estimación intercultural de los hechos y del Derecho en cuestión, esto quiere decir, a mi juicio, que los hechos deben ser examinados desde la perspectiva de cada cultura, luego examinar la valoración que de ellos hace cada una de ellas y, en fin averiguar, las causas por las que lo que es bueno o indiferente en la una es malo o pernicioso para la otra, en el lugar y momento del suceso, hasta aquí los hechos.” (Trujillo, 2002:5)

Con base en lo anterior, el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena en Latinoamérica se ha dado especialmente en Colombia, Ecuador y Perú, advirtiéndose que actualmente Venezuela y Bolivia han avanzado en su implementación por el nivel de discusión y desarrollo legislativo, señalando de manera unánime que su desarrollo debe considerar el alcance de los puntos que se han instrumentado a nivel internacional, tanto

en la convención 169 de la OIT como en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en este sentido, dado que son estos instrumentos los que determinan la trascendencia del reconocimiento de la jurisdicción indígena en cada País, pues señalan pautas en diferentes temas, como la definición del objeto del reconocimiento, quienes es el sujeto titular del derecho, como se entiende la competencia territorial, material y personal, cuales son los límites del reconocimiento y la solución de conflictos de competencia.

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Colombia	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.
Venezuela	Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas)
Bolivia	Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución. Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: 1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. 2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional . 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.
Ecuador	Art. 191: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.
Perú	Artículo 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Frente a este panorama, es claro que todos estos Países han realizado un reconocimiento efectivo de la jurisdicción, en la cual se reconoce la potestad de los pueblos indígenas para administrar justicia, y en este sentido se reconoce la autoridad indígena; el derecho propio, con la limitante del ordenamiento jurídico del Estado; y se hace referencia a diferentes criterios de delimitación de competencia -materiales, personales y territoriales-, sin embargo, la disposición más amplia es la regulación de Bolivia, que refiere de manera directa la aplicación del derecho propio, de acuerdo a sus usos y costumbres, y a la vez especifica los criterios de competencia que deberán adoptarse en estos casos, y que señala el paradigma a seguir por una Ley de deslinde Jurisdiccional que precisará el ámbito de competencia material, siendo importante señalar que Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia no han implementado todavía una ley de coordinación, únicamente Venezuela.

Por lo anterior, dado que Venezuela y Bolivia han adelantado nuevas reformas constitucionales y legales en materia de reconocimiento indígena, en las cuales se evidencia la influencia de los instrumentos internacionales, es pertinente reconocer que la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela, muy similar al proyecto de Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia, recoge en gran medida aspectos puntuales de reconocimiento y aplicación de los principios y contenidos mínimos consagrados en la normatividad internacional –Convenio 169 de OIT y Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas-, pues es claro que más allá de enunciar de manera general el reconocimiento efectivo de la jurisdicción indígena, se consagran elementos normativos importantes que señalan y delimitan las competencias de los operadores jurídicos, se aplican criterios materiales, personales y territoriales de competencia que permiten entender el campo de acción y de aplicación de un sistema normativo u otro, e incluso, avanzando en temas de aplicación extraterritorial de la ley y

el derecho indígena, cuando para ello se den determinados supuestos, que bien valen discusión a futuro; además llama la atención la expansión del criterio personal de competencia, como quiera se extiende a personas no pertenecientes al pueblo y/o comunidad indígena, cuando incurran en la violación de conductas prohibidas o “tipificadas” en el derecho propio, y todo esto, con el único límite de las normas constitucionales y los derechos humanos, limitante que es necesaria, pero que por el avance en su concepción puede realizarse sin que se haga nugatorio el derecho de los pueblos indígenas, puesto que, al reconocerse como Estados pluralistas que reconocen la diversidad cultural y su carácter multiétnico, la lectura e interpretación de la normatividad nacional e internacional debe ser realizada con el componente primordial de cosmovisión indígena.

En éste orden de ideas, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela –LOPCI- aborda tópicos que corresponden a la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas –DUDPI-, como el territorio, de acuerdo a sus artículos 10, 20, 23, 26, 28, 31, 34, 35 y 38 a 47 que corresponden a los artículos 25, 26 y 27 de la DUDPI, en cuanto autodeterminación, los artículos 8-9, 13-14, 16 y 86 a 100 de LOPCI frente a los artículos 3 y 4 de la DUDPI; de la misma manera que el derecho a la educación propia y al régimen intercultural bilingüe, en los artículos 8, 21 a 22, 52 y 74 a 85 frente a los artículos 14 y 15 de la DUDPI, entre otros, como derechos laborales, a la salud, propiedad intelectual colectiva y derechos políticos, además, por supuesto del aspecto de la administración de justicia –artículo 130 a 140 de LOPCI- (Bermudez, 2007), disposiciones normativas que se constituyen como un avance inmediato y válido en los intentos de coordinación, así como una evidencia de la influencia de la eficacia de los instrumentos internacionales, incluso si ellos se incluyen

el denominado “soft-law” como la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A una conclusión similar podemos llegar en el caso de Bolivia, si se analiza en paralelo el proyecto de Ley de Deslinde Jurisdiccional frente a la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela, lo cual demuestra que, más allá de una afinidad ideológica existente entre estos dos países, existe una tendencia importante en establecer una línea de acción e implementación real de elementos que permitan una efectiva coordinación entre los sistemas de administración de justicia “occidentales” e indígenas, línea de acción que, como se manifestó con anterioridad, implica no solo el ámbito de la justicia, sino una reinterpretación de la concepción social y jurídica de las diferentes culturas que habitan y coexisten en un mismo territorio.

PROYECCION DE DERECHO COMPARADO – COORDINACION SISTEMAS DE JUSTICIA¹⁶

	Bolivia (Proyecto Ley de Deslinde Jurisdiccional)	Venezuela (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas)	Colombia
Objeto del reconocimiento y respeto	Derecho propio de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y de las comunidades interculturales	Derecho indígena y autoridades legítimas	Autoridades indígenas; usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial
Sujeto titular del derecho	Naciones y pueblo indígena originario campesinos	Pueblos y comunidades indígenas	Pueblos indígenas
Competencia territorial	-Dentro del territorio del pueblo indígena o comunidad indígena-campesina. -Fuera de dicho territorio, afectando los derechos de los pueblos indígenas	-Dentro del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas respectivos. - Competencia extraterritorial por controversias surgidas a) entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, b) que no revistan carácter penal y c) no afecten derechos de terceros no indígenas.	Cualquier asunto dentro de sus territorios y indígenas que se encuentran transitoriamente fuera de su territorio
Competencia material	Cualquier materia, excepto: Delitos contra la seguridad del Estado, acciones en contra de la corrupción que afecten el patrimonio público, causas sobre sustancias controladas, los ilícitos aduaneros y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.	Cualquier materia, excepto: Delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes	Asuntos de cualquier naturaleza o materia

¹⁶ Inspirado en Assies, 2009

		internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.	
Competencia personal	<ul style="list-style-type: none"> - Miembros indígena originario campesinas dentro o fuera del territorio. - Persona originario campesinas y personas que no pertenecen a pueblos indígenas que vulneren los derechos de los pueblos indígena originario campesinas. - Personas que no pertenecen a pueblos indígena originario campesinos, cometan o infrinjan derechos en el territorio indígena originario campesino, sin afectar los derechos de los pueblos indígenas 	<ul style="list-style-type: none"> -Solicitudes o conflictos que involucren a cualquier integrante del pueblo o comunidad indígena. - Personas que no siendo integrantes de la comunidad que cometan delito (s) previsto (s) en la legislación ordinaria dentro del hábitat y tierras indígenas (Detención Preventiva) 	Determinada por vinculación social y cultural; Incluye indígenas que se encuentran transitoriamente fuera de su territorio
Límite del reconocimiento	La Constitución y los tratados internacionales ratificados por Bolivia en materia de derechos humanos	La Constitución e instrumentos internacionales vigentes	La Constitución y leyes de la República
Conflictos de competencia	<ul style="list-style-type: none"> -Entre autoridades indígenas: Autoridades Indígenas. - Entre jurisdicción indígena originaria y ordinaria: Tribunal Constitucional Plurinacional 	<ul style="list-style-type: none"> Entre colectividades indígenas: organización de grado superior Entre autoridad indígena y la estatal: Tribunal Supremo de Justicia 	<ul style="list-style-type: none"> Entre autoridades indígenas: usos y costumbres y instancias propias Entre autoridades indígenas y autoridades del sistema judicial nacional: Sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura
Coordinación	- Cooperación a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, en la obtención de medios probatorios, el cumplimiento de la sanción, y otras acciones solicitadas que sean necesarias para garantizar la continuidad de un proceso sobre un caso o controversia sometidos a su conocimiento	Se establecen relaciones de coordinación y colaboración, a los fines de prestarse el apoyo requerido para la investigación, juzgamiento o ejecución de sus decisiones.	Intercambio de pruebas; principio de reciprocidad; convenios

CONCLUSIONES

Basados en la descripción general del proceso de gestación de la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, y en los principios que la inspiran, es pertinente concluir que:

En primer lugar, la adopción de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas traduce una conquista superior respecto del alcance y esencia de su cosmovisión, puesto que, es de vital importancia tomar en cuenta que se abre con ello una puerta para lograr un reconocimiento real de la diferencia, de un sistema de valores en el que se entronice una democracia discursiva, y se conciba la convivencia con el otro, en éste caso “indígena”, en una esfera determinante, diferente a la económica y de exclusión, es decir, se inicia una etapa en la que la lucha por una aplicación efectiva de

los derechos indígenas va a estar influenciada, de una manera importante, por el apoyo de una sociedad que da cuenta hoy en día de una consciencia cada día más profunda respecto del reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Un ejemplo de ello es el hecho de que es la autodeterminación, como elemento cardinal del ordenamiento internacional, es el que fundamenta de la misma manera el derecho de los pueblos indígenas, como comunidad diferenciada, a decidir sobre su propio destino, es decir, se reconoce que si la autodeterminación se predica respecto de los seres humanos, resultaría contradictorio negársela a los pueblos indígenas, solo por el hecho de no relacionarse socialmente, ni con su entorno –la tierra, territorio y recursos naturales-, de la misma manera que la mayoría dominante del planeta.

En segundo lugar, y en concordancia con una tendencia doctrinal - investigativa, es viable considerar que estas disposiciones constituyen la base del nuevo derecho consuetudinario (Anaya, 2005:103), en atención al amplio consenso existente en el tema de los derechos de los pueblos indígenas, y particularmente respecto del contenido de los mismos denotado en la Declaración, y en esta medida, si bien ésta no es obligatoria para los países no suscriptores, puede tomarse como base importante y directriz insoslayable en lo que toca con cualquier problemática relacionada con los derechos de los pueblos indígenas.

Ahora bien, es de vital importancia referir que la no suscripción de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas por parte del gobierno colombiano, deja en claro que si bien se han visto avances en materia de derechos humanos, su contenido y reconocimiento, también lo es que ésta acción –omisión- traduce buena parte de la realidad interna del País, que refleja la enorme brecha en la efectiva implementación y reconocimiento práctico de los derechos de los pueblos indígenas

colombianos como comunidades diferenciadas, tanto así que incluso en los informes del relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas se llama la atención sobre el impacto negativo de los proyectos productivos en su territorio (ONU, Doc. E/CN.4/2003/90. Párrafo 37), del conflicto armado, la situación de las mujeres indígenas, y sobre la situación de la justicia entre otros¹⁷, siendo necesario enfatizar que diversos sectores académicos se pronunciaron en este sentido, reprochando así mismo la posición del gobierno frente a su abstención (González, ., 2007), señalando los mismos argumentos, es decir, que la discriminación a los pueblos indígenas persiste.

Finalmente, las consecuencias normativas de la Declaración Universal de los derechos, y por tanto su influencia en el desarrollo legislativo que pretende la coordinación de la jurisdicción indígena en diferentes países es innegable, pues aunque no se trate de una norma con carácter vinculante, sí se constituye como un paradigma que contiene y expresa puntos mínimos que deben atenderse en el ejercicio de la coordinación de los sistemas judiciales, puesto que, más allá de la coordinación en la administración de justicia, ésta Declaración reafirma el contenido mínimo, y los ejes fundamentales, que determinarían un eventual mecanismo legal interno de coordinación.

Y este avance normativo, que implica un cambio de consciencia social y cultural, deviene de un proceso largo del debate sobre reconocimiento de las culturas indígenas, sin que ello implique su “asimilación”, y es precisamente la fuerza de este movimiento a nivel mundial, la que influyó finalmente para que en diferentes países de Latinoamérica se diera a nivel constitucional, y de ésta manera los instrumentos internacionales

¹⁷ Ver los siguientes informes del Relator Especial de las Naciones Unidas Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas: E/CN.4/2002/97, E/CN.4/2003/90, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2003/3, E/CN.4/2004/80, E/CN.4/2005/88, E/CN.4/2005/88/Add.2, E/CN.4/2006/78 y A/HRC/4/32.

permiten y acondicionan el camino que debe seguirse en un determinado tópico, marcando una guía, y configurándose como un punto de referencia frente al desarrollo particular que implique la modificación o “adopción” de cierta normatividad en el ámbito interno de un País específico:

“Es interesante señalar que de los 19 países que han ratificado el Convenio (169 de la OIT) –el único instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre derechos indígenas–, 13 son latinoamericanos, si bien el proceso de ratificación se dio en circunstancias diferentes en cada caso. México, en 1990, fue el primer país latinoamericano en ratificarlo, pero en este caso fue más bien un acto para consumo externo a fin de reafirmar la posición mexicana en la vanguardia del indigenismo. Colombia lo hizo en 1991, año en el que el país también reformó su Constitución en un intento de pacificación. En este contexto, los pueblos indígenas colombianos, que en ese momento se estimaron que constituían sólo el 2% de la población, lograron una alta visibilidad al simbolizar una forma de convivencia y de respecto anhelado por la población. Ese mismo año Bolivia ratificó el Convenio, un año después de que los indígenas de la región amazónica del país hubieran emprendido una espectacular y muy publicitada “Marcha por el territorio y la dignidad” como protesta por las incursiones de las empresas forestales en sus territorios, y rompieron, así, la invisibilidad de los pueblos de las tierras bajas en este país andino céntrico. Ecuador, por su parte, ratificó el Convenio en 1998, tras la caída del Gobierno de Abdalá Bucaram a raíz de movilizaciones lideradas por el movimiento indígena; y Venezuela lo ratificó en 2002, en el marco del proyecto bolivariano. El caso chileno llama la atención porque, si bien en el marco de la transición democrática se hicieron promesas por parte de los partidos de la Concertación, no se logró la ratificación del Convenio ni una reforma constitucional para reconocer la composición multiétnica de la sociedad

chilena durante un largo período de tiempo, hasta septiembre de 2008, cuando finalmente el país registró la ratificación del Convenio” (Assies, 2009:85-86).

Y en este mismo sentido, Rachel Sieder, manifestó la importancia e influencia de los instrumentos normativos internacionales, respecto del proceso interno guatemalteco, en la forma de abordar la problemática indígena, pues, con base en el proceso de paz que se adelantó en Guatemala, los pueblos indígenas impulsaron la aplicación del derecho propio en todo el País, incluso al punto de reformarlo de acuerdo a sus necesidades, para lo cual se sirvieron en gran medida de los instrumentos nacionales e internacionales disponibles al momento, tales como el convenio 169 de la OIT y el acuerdo de identidad y derechos de los pueblos indígenas, lo cual significa, que la influencia de estos instrumentos, indistintamente de su obligatoriedad o efecto vinculante, son decisivos en las modificaciones que se pretendan realizar al interior de un País:

“Es interesante notar que varios de los activistas que trabajan con las defensorías y otras ONG de derechos mayas son autoridades indígenas locales electas como representantes por sus comunidades. En efecto, una nueva generación de activistas de derechos indígenas en Guatemala está aprovechando los limitados espacios abiertos por el proceso de paz para reconstituir y dinamizar las estructuras autónomas de autoridad y el derecho indígena en distintas regiones del país. Fundamentan sus reclamos de autonomía local en los instrumentos nacionales e internacionales, tales como el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169.

....

En su lucha por el reconocimiento de los derechos colectivos, la autonomía y la justicia, los activistas de derechos indígenas están desafiando a los patrones hegemónicos de desarrollo económico y de inversión internacional, pues están

utilizando cada vez más re- cursos legales tanto domésticos como internacionales. Esto sugiere con claridad un rechazo a las políticas de multiculturalismo light (la multiculturalización de las instituciones y programas del Estado para reconocer ciertos aspectos de la diversidad cultural sin cambiar el modelo de desarrollo económico y social). También señala la importancia de los instrumentos legales in- ternacionales, como el Convenio 169, y de procesos y discursos legales trasnacionalizados como una manera de combatir la ortodoxia neoliberal. Los procesos ge- nerados al concluir el conflicto armado en Guatemala aquí analizados son una muestra de la interlegalidad (en los términos de Santos). Asimismo, han generado espacios legales híbridos (campos jurídicos locales y nacionales altamente globalizados y donde existe una fuerte lucha sobre el contenido, legitimidad y ejercicio del “derecho”).” (Sieder, 2003:23-27)

(Subraya fuera de texto)

CAPITULO III - CONTEXTO NACIONAL. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL EN COLOMBIA. EL DEBATE DE LA COORDINACION¹⁸.

Carlos Eduardo Rueda Carvajal

Resumen.

En el presente artículo se pretende abordar los elementos configurativos para el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, conforme al artículo 246 de la Constitución Nacional de Colombia, desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, para analizar cómo ha sido su reconocimiento dentro del Sistema Judicial Nacional, teniendo en cuenta la ausencia de una ley de coordinación entre estas dos jurisdicciones. Del mismo modo determinar cuáles son los derechos de las comunidades indígenas como sujetos colectivos de derechos, acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Abstract

¹⁸Rueda Carvajal Carlos Eduardo. “El reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena dentro del sistema judicial nacional-El debate de la Coordinación.” Publicado en revista de estudios socio-jurídicos. Enero-junio., año 2008/vol. 10, número 001. Universidad del Rosario. pp 339-374.

The present article seeks to address the elements that constitute the exercise of the Special Indigenous Jurisdiction, in conformity with article 246 of the National Constitution of Colombia, based on doctrinal and jurisprudential perspectives, to analyze its recognition inside the Judicial National System, having in mind the absence of legislation on coordination between these two jurisdictions. In the same way to determine which are the rights of the indigenous communities, as collective groups entitled of rights, according to jurisprudence of Court Constitutional

1. Introducción.

Existe en Colombia una gran diversidad de pueblos indígenas, según el censo general 2005 (DANE, 2005), en el país residen 87 pueblos indígenas identificados plenamente; junto con personas pertenecientes a los otavaleños (Pueblo indígena del Ecuador que por su presencia significativa en Colombia se le asignó un código de etnia) y a otros pueblos indígenas de Ecuador, Bolivia, Brasil, Ecuador, México. Panamá, y Perú. El proceso de afianzamiento e identidad cultural ha conducido a que algunas personas se reconozcan como pertenecientes a etnias consideradas oficialmente como ya extinguidas como los Tayronas, Quimbayas, Calima, Yariguíes, Chitareros y Panches.

En Colombia residen 1'392.623 indígenas que corresponden al 3,43% de la población del país (DANE, 2005); del mismo modo, en la actualidad existen 710 resguardos titulados por el INCODER (Instituto Colombiano de Desarrollo Rural), ubicados en 228 municipios de 27 departamentos del país, que ocupan una extensión de aproximadamente 34 millones de hectáreas, el 29,8% del territorio nacional, principalmente en áreas de difícil habitabilidad, como bosque tropical húmedo, desiertos o zonas montañosas escarpadas. Las cifras de pueblos reconocidos y su lucha por el

reconocimiento de territorios ancestrales, evidencian un incremento significativo del 127% en el número de resguardos titulados y del 7% de tierras entregadas.

Acorde con lo anterior, debido a la diversidad étnica existente en Colombia (Gómez, 2005:5) y a la continua consolidación de lo étnico, los desarrollos de la democracia en el mundo, en especial durante la década de 1990 con la promulgación de leyes o normas supra estatales como el Convenio 169 de la OIT, la creación del foro permanente de los pueblos indígenas y la presencia de tres indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente, fueron factores preponderantes para que el Estado y la sociedad nacional, dieran un reconocimiento real de la diversidad étnica y cultural en Colombia.

Así, la Constitución de 1991 estableció en dos de sus diez principios fundamentales, los artículos 7º y 8º de la Constitución Nacional, que: “*el Estado reconoce y protege la diversidad cultural étnica y cultural de la Nación colombiana*” y que “*es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación*”.

Acorde con ello, el artículo 246 de la Constitución Nacional estableció los elementos configurativos mediante los cuales las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, determinando que:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Del anterior articulado, la Corte Constitucional determinó cuatro elementos fundamentales que delimitan el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, (JEI):

- 1) La existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas.
- 2) La potestad de establecer normas y procedimientos propios.

- 3) La sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley.
- 4) La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

En efecto, la Corte Constitucional estableció que:

“El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de "normas y procedimientos"-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad”¹⁹.

Acorde con lo expuesto, el último elemento establecido, es decir, el que consagra la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la JEI con el Sistema Judicial Nacional (SJN) no ha sido desarrollado aún, pero ello no significa que no se pueda ejercer la JEI de manera inmediata, ya que las normas constitucionales tienen aplicación y efectos directos, como ha sido reiterado por la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia ha señalado, sin embargo, que la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-139/96, 9 de abril de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1080.

particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación²⁰”.

Conforme se encontraba establecido en el artículo 11° de la ley 270 de 1996, la jurisdicción indígena hacía parte de la rama judicial del poder público, sin embargo dicho artículo fue modificado por el artículo 4 de la Ley 1285 de 2009, reafirmando en su literal e, que hacía parte de la rama Judicial, la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional determinó declarar inexecutable el literal e) del artículo 4 de la Ley 1285 de 2009, que incluía a la jurisdicción indígena dentro de la estructura orgánica de la rama judicial del poder público, exponiendo en su sentencia que²¹:

“...En cuanto a la jurisdicción de las comunidades indígenas, cabe reconocer que sus autoridades están constitucionalmente avaladas para administrar justicia. Ello se finca en el reconocimiento de su autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, es decir, “de conformidad con sus propias normas y procedimientos” (art.246 CP), en la diversidad étnica y cultural (art.7 CP) y en el respeto al pluralismo y la dignidad humana (art.1 CP).

Desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena hace parte de la rama judicial; por ello no sólo es razonable sino jurídicamente exigible que el Consejo Superior de la Judicatura promueva labores de divulgación y sistematización de asuntos relativos a la jurisdicción indígena.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-552/03, 10 de julio de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente T-50699.

²¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-713/2008. 15 de julio de 2008.M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente P.E. 030.

Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la Rama Judicial del poder público, como en repetidas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corporación...”

De igual manera declaró la exequibilidad condicionada del inciso del artículo 5 de la ley 1285 de 2009, estableciendo que:

“...Así mismo, en el entendido de que la Fiscalía General de la Nación ejerce excepcionalmente función jurisdiccional, y que la penal militar y la indígena ejercen función jurisdiccional pero no hacen parte de la rama judicial”

Conforme con lo expuesto, la posición de la Corte Constitucional, es que funcionalmente la Jurisdicción Indígena, hace parte de la Rama Judicial, ya que imparte justicia dentro de su territorio, pero simultáneamente no pertenece a la estructura orgánica de la Rama Judicial, por lo tanto, las autoridades indígenas siguen impartiendo justicia, sin que exista un reconocimiento y un apoyo económico estatal, respecto a la función judicial que desarrolla.

En este orden de ideas, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura²², es el ente encargado de dirimir o resolver los conflictos entre las dos jurisdicciones, es decir entre la jurisdicción Ordinaria y la Especial Indígena, conforme al artículo 112-2, de la Ley 270 de 1996.

En relación con ello, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, referenciado²³ “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, reconoce el derecho indígena a su propia jurisdicción y su artículo 8º, numeral 2º establece:

²² Colombia, Congreso de la República, Ley 270 de 1996.

²³ Ginebra (Suiza) – La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 de la organización Nacional del Trabajo, 7 de junio de 1989.

“El procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al Juez aplicar criterios de equidad, la “justicia del caso concreto” de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto”.

Teniendo en cuenta que no existe una ley de coordinación -tal y como lo ordena el artículo 246° de la Carta Magna-, en el ejercicio práctico de las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Autoridades indígenas y su relación con las autoridades judiciales nacionales, se han venido presentando circunstancias especiales producto de las falencias normativas, que deben ser normalmente resueltas por los jueces de turno, acudiendo a interpretaciones propias del ejercicio judicial y a herramientas como la jurisprudencia y la doctrina existente, las cuales tratan de suplir los vacíos presentados en el campo operativo.

Sin embargo, en desarrollo de la coordinación entre estas dos jurisdicciones, se siguen dando una multiplicidad de inconvenientes e interrogantes, como por ejemplo, cómo debe realizarse la interpretación y el alcance de los elementos configurativos de la Jurisdicción Especial Indígena y qué derechos, como sujeto colectivo de derecho, han sido reconocidos por parte de la jurisprudencia constitucional; acorde con esto, es importante tener en cuenta los parámetros y las aclaraciones establecidos por la jurisprudencia y la doctrina en relación con dichas dudas.

2. Elementos para el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena:

Como mencionamos anteriormente, el artículo 246° de nuestra Carta Magna, define 4 elementos que permiten el ejercicio práctico de la Jurisdicción Especial Indígena: a) La existencia de autoridades Indígenas; b) La existencia de un Territorio establecido; c) La existencia de unas normas y procedimientos propios y, d) Que esas normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y la Ley.

Si concurren los anteriores factores, las comunidades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Acorde con lo anterior, examinaré cómo ha sido tratado cada uno de los elementos por parte de la jurisprudencia y de la doctrina más relevante.

a. Autoridades Indígenas

Hay una gran variedad de usos y costumbres existentes y tipificadas en cada uno de los 87 pueblos indígenas que habitan nuestro territorio, lo cual se debe tener presente para el reconocimiento de sus autoridades.

Dichas autoridades indígenas son Individuos que representan a aquéllos distinguidos de cada sociedad particular (Sánchez, 2007:50), reconocidos socialmente para el cumplimiento de estas funciones de mando, orientación conocimiento y guía, dentro de los órganos públicos definidos para tal fin. Sin embargo, es pertinente tener en cuenta, que debido a la variedad de los usos y costumbres de los pueblos indígenas en Colombia, estas autoridades tienen enormes diferencias, acordes con sus particularidades, aunque un elemento común en ellos es que normalmente dichas autoridades son elegidas por ser imparciales, ecuánimes y libres de conductas indebidas como la corrupción o algún tipo de perjuicio.

Pero al examinar las autoridades indígenas, es importante no hacerlo desde la perspectiva occidental, asimilándolas o equiparándolas a nuestro ordenamiento judicial,

pues ello negaría la diversidad cultural protegida por el artículo 7° de la C.N., por lo anterior, es importante tener un referente a manera de ejemplo, respecto a lo que las mismas comunidades indígenas consideran como autoridad; para el pueblo Camëntsá, autoridad significa:

*“Con el vocablo **uaismanyabian** los Camëntsá hacen referencia al sistema de gobierno y las autoridades que lo constituyen. La comunidad Camëntsá se reconoce en la orientación que deviene de su Autoridad Tradicional por concebirla como base esencial de Unidad y Autonomía integral de su Pueblo. Considera que la gobernabilidad “es el poder de ejercer Autoridad dentro y en favor del Pueblo, cultivando el pensamiento e ideales, manejando la Razón **Bojanyá** o Razón de la Palabra”, modelo de rectitud, igualdad, credibilidad y respeto”; Autoridad que debe regirse por el compromiso social y gestión del bienestar y equilibrio del Pueblo, como también impartiendo Justicia, siendo consejero y guía, procurando velar por el manejo adecuado de la Naturaleza y su entorno. Manifiesta que desde la llegada de los españoles y las Misiones su autoridad ancestral tuvo que ir cediendo poco a poco su forma Tradicional de Gobernar y adoptar las nuevas propuestas de sistema de Gobierno, una de ellas el Cabildo, en quien desde entonces recae la Autoridad, el Poder y la Gobernabilidad de su Pueblo Camëntsá. Con la orientación de la Autoridad del Gobernador la comunidad realiza todas las actividades en común para mantenerse juntos en ideales, pensamientos y en el quehacer cotidiano y así ir ganando la Autonomía para contribuir a guiar al Pueblo. Aspectos que en conjunto ayudan a la Gobernabilidad dando confianza a los intereses y pareceres colectivos. Aunque el gobernador es hoy la autoridad principal, los Camëntsá no olvidan que en el pasado hubo el cacicazgo y se era Cacique de acuerdo al número de años que se hubiese servido al pueblo como gobernador. El **Shoshova** era la persona que había pasado por el cabildo por más de*

cuatro años, se caracterizaba por ser un buen defensor de los intereses comunitarios y con una hoja de vida ejemplar” (Gómez, 2009)

En este orden de ideas, el artículo 5° de la Ley 89 de 1990- establecía: *“Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto”*, En relación con este artículo la Corte Constitucional²⁴ determinó lo siguiente:

“Sin embargo, la conformidad con la Constitución no puede ser predicada, en opinión de la Corte, en relación con los otros dos elementos del tipo penal del artículo 5°: la autoridad encargada de establecer la sanción y el contenido de ésta. En cuanto a lo primero, la determinación estricta del miembro de la comunidad que debe aplicar la sanción (el gobernador del cabildo indígena) es contraria al artículo 246° de la Constitución Política, que habla en términos generales de ‘las autoridades de los pueblos indígenas’.

La restricción introducida por vía legislativa desconoce la garantía amplia, establecida por el constituyente en favor de la diversidad étnica y cultural en materia de administración de justicia. Por otra parte, la restricción anotada desconoce la realidad de la aplicación de sanciones en las comunidades indígenas, como quiera que cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos, a cargo de personas que no siempre son los gobernadores del Cabildo y que, incluso, pueden ser órganos colectivos. Así, se pueden distinguir sistemas de resolución de disputas segmentarios (en los que la autoridad es ejercida por miembros del grupo familiar), permanentes (en los que la administración de justicia está a cargo de autoridades centralizadas), religiosos (en los cuales se recurre a la opinión del conocimiento mágico -como los pinché, entre los Wayuú o los jaibaná, en las culturas del Pacífico- o de representantes

²⁴ Corte constitucional. Sentencia C-139/96 de 9 de abril de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1080.

de instituciones religiosas), e incluso, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la compensación (arreglo directo entre miembros de dos grupos familiares).”

Así, la Corte Constitucional reafirmó el principio de diversidad cultural reconociendo claramente que existen diversas autoridades indígenas, según las costumbres de cada pueblo en particular y acorde con su cosmovisión específica, las cuales no pueden ser unificadas de manera arbitraria.

La diversidad de autoridades indígenas se ve reflejada en los Embera Chamí y Emberá Katío (Sánchez, 2007:51), que tienen gobernadores con la potestad de actuar como autoridades, además de los jaibaná o médicos tradicionales y responsables de la espiritualidad comunitaria, que hacen tareas rituales, como castigos, arreglos, y salidas positivas, para los transgresores.

De igual manera, estas autoridades indígenas tradicionales y sus comunidades son contemporáneas (Sánchez, 2007:51), porque comparten los signos de los tiempos y están sometidas a influencias del contexto nacional e internacional y ello se denota claramente respecto a la aplicación de justicia para infracciones que inicialmente no existían, como es el caso del narcotráfico y la rebelión. Sin embargo, esas autoridades están a veces sometidas a factores característicos de su actividad fija o temporal, definida por nacimiento o elección, hábitos mentales, críticas de pares o de las comunidades mismas y, de la naturaleza del derecho propio que implica cambios en sus acciones, según situaciones tipificadas en casos de falta de imparcialidad, coherencia y estabilidad.

Las circunstancias que puedan ser objeto de decisión por parte de las autoridades indígenas normalmente se resuelven con sus usos y costumbres y procedimientos

previamente establecidos, o establecidos para la ocasión, que buscan resultados razonables y definidos internamente, según la cosmovisión de cada pueblo.

Una característica muy interesante de las autoridades indígenas es la forma de denotar el conocimiento de un hecho específico y, posteriormente, tomar los correctivos estimados necesarios; ya que ese conocer no necesariamente significa saber de oídas, o por haber visto un hecho (Sánchez, 2007:51), sino que –también–, incluye sueños o mensajes de seres superiores que revelan las desviaciones de un sujeto o de un grupo, algunos pueblos utilizan coca tabaco y yahé para entrar en estado de trance y acceder así a estados de conciencia profundos.

Dentro de la cosmovisión indígena se encuentran relacionados el sujeto, la comunidad y la naturaleza (Sánchez, 2007:52), de forma tal que, cualquier variación en el entorno, como por ejemplo una sequía excesiva, son mirados como acontecimientos insólitos, que amenazan o anuncian un suceso más grave, y amerita una sanción.

La costumbre jurídica es una importante fuente de derecho (Sánchez, 2007:52), así como los precedentes históricos que determinen qué hacer exactamente frente a un caso determinado; sin embargo, debido a las diferentes circunstancias del entorno sociopolítico de las comunidades indígenas y la situación de orden público en el país, se dan casos en los que no existen normas precedentes para encontrar una salida al suceso presente, por lo cual las autoridades indígenas procurarán hallar una salida entre las reglas ya establecidas o deducirlas de los hechos y de sus fines y propósitos sociales.

Acorde con eso, la búsqueda de soluciones concretas se realiza bajo la perspectiva de que éstas formaran parte del derecho propio y enriquecerán su sistema judicial. Un ejemplo es el caso de un joven incurso en el negocio del narcotráfico (Sánchez, 2007:52), en que la autoridad indígena Inga decide castigar a sus padres como responsables por no saber qué pasos seguía el hijo. Ello demuestra que las autoridades

indígenas hacen innovaciones constantes de manera dinámica, fundamentadas en las circunstancias especiales que puedan afectar su entorno sociocultural.

Por otro lado, al ser reconocidas las comunidades indígenas como organizaciones que son sujetos de derechos y obligaciones²⁵, se encuentran plenamente facultadas para que -por medio de sus autoridades- puedan ejercer poder sobre los miembros que las integran, hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social.

De igual manera, las comunidades indígenas tienen el derecho de conformar sus organizaciones políticas, incluidas sus autoridades indígenas y que éstas sean reconocidas por las autoridades nacionales, sin necesidad de mayor formalismo, o procedimiento alguno, sino lo que determine autónomamente el pueblo como tal; así lo determino la Corte Constitucional²⁶, al expresar:

“..de esta manera,(....) persona distinta a las comunidades Embera-Katío listadas arriba, no puede decidir cuáles son las autoridades de ese pueblo. La Alcaldía y el Ministerio del Interior, sólo están habilitados por la ley para llevar el registro de las decisiones que esas comunidades adopten, y para certificar lo que ellas quieran que figure en sus archivos.”. (Negrilla fuera de texto).

b. Territorio indígena

Para los pueblos indígenas, el territorio tiene una importancia vital, de acuerdo con su cosmovisión, ya que:

“El territorio para los indígenas constituye una base espiritual y una base material complementarias. Además de constituir el espacio que liga a numerosas generaciones con los antepasados, donde se origina su propia historia ligada a la identidad, la tierra

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-254/94, 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-30116.

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, 10 de noviembre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Expedientes acumulados T-168.594 y T-182.245.

es considerada como pariente que da origen a la vida o espacio madre a quien, por ende, se debe cuidar y proteger, interpretar sus manifestaciones para ayudarla a conservarse como vital para las generaciones venideras. Por todo ello, se considera que el territorio vincula a los indígenas con el pasado y también con el futuro; les otorga sentido de unión y de supervivencia en un proceso encadenado de arraigo, de identidad y pertenencia...” (Sánchez, 2003).

Para el pueblo Arahuaico, el territorio tiene un significado esencial, el cual establecen como:

“Jeremías Torres afirma: “Es el principio. Somos nacidos con el agua, las piedras, los animales...Somos de aquí. La visión que tenemos de la sierra nevada, es nuestro territorio, nuestro padre, nuestra madre. Los cerros, cada uno tiene una función. Cerros padres, lagunas madre. Donde se recrea nuestro pensamiento es dentro de la línea negra.”

“El derecho a la vida, se entiende, no como ser individual, sino en contexto. La sierra es un ser vivo. Tenemos vida porque la sierra está viva. Nuestra misión como indígenas de la Sierra es cuidar, proteger, salvar la sierra nevada de Santa Marta. La Sierra es la imagen de la ley, el origen del universo. Uno es representación de la sierra.”

“Al herirse a una persona, se maltrata la sierra. Nuestro derecho a la existencia es en la sierra, allí es donde nacimos todos. Allí es donde tenemos la libertad de ejercicio de nuestro pensamiento y nuestra palabra..”.(Londoño y Gómez, 2009).

Es esencial tener claras dichas apreciaciones para darle la connotación necesaria al territorio indígena y no esquematizarlo de una manera netamente formal y superficial.

Teniendo claro lo anterior, para abordar el tema del territorio indígena, desde el enfoque de la C.N. (artículo 246º mencionado), es necesario contextualizarlo como una forma de límite de las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales (Sánchez, 2007:98), es decir, que se lo determina como una restricción a las facultades jurisdiccionales inicialmente otorgadas. Sin embargo, de dicha enunciación constitucional se desprenden varios interrogantes, como por ejemplo, si los fallos de las autoridades indígenas sólo tienen efectos dentro de su territorio (Sánchez, 2007:99), o si esas autoridades sólo pueden decidir hechos ocurridos dentro de su territorio, o qué comprende el término “*territorio*”; frente a ello, la jurisprudencia ha tratado de suplir esas falencias normativas (Sánchez, 2007:99), de la siguiente forma: en primer lugar, la posición de la Corte conforme lo expresado²⁷, ha sido que la restricción territorial se refiere al lugar de la ocurrencia de los hechos que generaron el conflicto. Lo anterior, al determinar que uno de los elementos que configuran el fuero indígena es el de carácter geográfico, lo cual permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que sucedan dentro de su territorio.

Del mismo modo, en otro fallo de la Corte Constitucional²⁸, se estableció que el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades indígenas, hace procedente la tutela contra decisiones indígenas, lo que implica que dichas decisiones, al ser susceptibles de la acción de tutela, tienen efectos en todo el territorio nacional.

En dicho pronunciamiento, también se estableció que: “...*Si la comunidad decide juzgarlo nuevamente, éste será remitido por la justicia ordinaria al territorio de la comunidad, para lo cual la Policía Nacional prestará su concurso si al momento de*

²⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-496/96, 26 de septiembre de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-100537

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-349/96, 8 de agosto de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-83456

notificarse la decisión de la comunidad el actor no ha sido capturado aún". Lo cual faculta a la fuerza pública para hacer efectivas decisiones de autoridades indígenas, lo que se traduce en que las decisiones de las autoridades indígenas tienen **plena validez en todo el territorio nacional**, traspasando las fronteras físicas establecidas.

Por otro lado, la Corte determinó²⁹, que el término *territorio* no es solamente el reconocido bajo la figura de *resguardo*, sino el habitualmente ocupado por la comunidad indígena. El término *resguardo* fue definido por el decreto No. 2001 de 1988 (Roldán, 1994:256) como:

"Una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales".

En un caso concreto analizado por la Corte se concluyó que, pese a que la comunidad indígena de El Tambo, localizada en el Municipio de Coyaima, (Tolima), no tenía legalizada la propiedad sobre la tierra ocupada, le era procedente el ejercer sus facultades jurisdiccionales dentro del territorio en el que estaba asentada la comunidad.

Como lo referencia la antropóloga Esther Sánchez (Sánchez, 2007:100), sin embargo, no se han presentado aún casos en Colombia en los que una comunidad indígena, teniendo un resguardo, juzgue situaciones que ocurran por fuera del mismo, sino dentro del territorio habitualmente ocupado por la comunidad.

Acorde con lo anterior, en otro pronunciamiento de la Corte Constitucional³⁰ respecto de los alcances del artículo 10º de la C.N., en conexión al término *territorio* y su relación directa con el idioma y dialectos de los grupos indígenas, el decreto 2001 de

²⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-254/94, 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-30116

³⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-384/94, 31 de agosto de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-36956

1998³¹ define *territorio indígena* como: “*aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales*”.

(Negrilla fuera de texto).

De igual manera, la Corte define más ampliamente *territorio*, citando el artículo 124° del decreto 2655 de 1998, el cual establece que:

“*Se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad, o grupo indígena y aquellos que, aunque no poseídos en esa forma, constituyen ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales*” (negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, en lo que respecta al artículo 330° de la C.N. (participación de las comunidades en las decisiones que se adopten en sus territorios), la Corte Constitucional determinó que la palabra “territorio” se refiere a “...*Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen....*”³² (Negrilla fuera de texto), reiterando nuevamente un concepto más general, es decir, que el territorio al que se refiere la Constitución Nacional como limitante al ejercicio jurisdiccional, no es simplemente el resguardo donde se encuentren la comunidad indígena, sino que comprende los territorios tradicionalmente habitados por ella.

Por otro lado, el territorio indígena es un factor decisivo a la hora de poder determinar cuál es la jurisdicción competente para el juzgamiento de un sujeto indígena, pues el

³¹ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2001 de 1998.

³² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, 3 de febrero de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expediente T-84771

factor territorial es uno de los elementos del denominado fuero indígena, el cual se define acorde con lo establecido por la Corte Constitucional³³ así:

“..El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad”.

Para determinar si un indígena tiene derecho a gozar de ese fuero, la jurisprudencia ha determinado que existen unos limitantes específicos, que sirven de base para que el operador jurídico pueda establecer, en un caso dado, a qué jurisdicción le corresponde juzgar al indígena involucrado, puesto que la Corte Constitucional en sentencia T-496/96, determinó:

“En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples

³³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-811/04, 27 de agosto de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, expediente T-891563.

situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad.” (Negrilla fuera de texto).

En pronunciamiento más reciente³⁴, reiteró lo dicho antes:

“La noción de fuero indígena comporta dos elementos: i) uno personal (el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres); ii) geográfico (cada comunidad puede juzgar los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas).”

Sin embargo, el factor territorial o geográfico, no es el único elemento para determinar que jurisdicción es competente para el juzgamiento de un caso específico, pues la jurisprudencia ha establecido que:

“..No sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, sino que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable.”

Lo anterior significa que, independientemente de que los hechos ocurran dentro del territorio indígena, se debe realizar siempre una valoración personal del sujeto involucrado, con el fin de establecer precisamente el elemento personal para determinar la jurisdicción. Ahora bien, si los individuos implicados son de un mismo pueblo indígena y los hechos ocurren dentro del territorio indígena (Sánchez, 2007:108), la jurisdicción radica sin mayores inconvenientes en las autoridades indígenas; pero si los involucrados son un indígena y un no indígena, la jurisdicción depende de dos variables que fueron concretadas en dicha sentencia (Sánchez, 2007:102):

³⁴ Colombia, Corte Constitucional, T-009/07, 19 de enero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, expediente T-1360386.

a) La existencia de normas que castigaran la conducta del individuo miembro de un pueblo indígena tanto en su pueblo como en las leyes colombianas.

b) El nivel de comprensión que tenía el individuo involucrado de las normas y prácticas sociales de la población colombiana.

De acuerdo con ello, si se dan ambas circunstancias, la conducta es castigada por las normas del pueblo indígena al que pertenece el involucrado y si éste tiene un conocimiento suficiente de las normas y prácticas sociales de la sociedad colombiana, la jurisdicción radica en los jueces ordinarios. Si, por el contrario, se presenta la primera circunstancia (la existencia de normas que castigaran la conducta del individuo miembro de un pueblo indígena tanto en su pueblo como en las leyes colombianas), pero no la segunda (el nivel de comprensión que tenía el individuo involucrado de las normas y prácticas sociales de la población colombiana), la jurisdicción radica en las autoridades indígenas del pueblo, siempre y cuando éstas quieran ejercer su derecho; de igual manera, si se da la segunda (el conocimiento de la sociedad colombiana), pero no la primera (la conducta no es reprimida por la comunidad a la que pertenece el individuo), la jurisdicción radica en los jueces ordinarios.

Como corolario, es claro que el operador jurídico debe realizar una valoración y análisis de las circunstancias especiales, con el fin de determinar principal e independientemente de que el hecho haya sucedido fuera del territorio indígena, la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece³⁵, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado.

El Consejo Superior de la Judicatura sala Disciplinaria como ente encargado de dirimir los conflictos de competencia entre ambas jurisdicciones, cuando ha tenido que resolver

³⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-496/96, 26 de septiembre de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-100537.

dichos conflictos, ha utilizado principalmente como referente sustancial, las sentencias de la Corte Constitucional Nos. C-139 de 1996, para establecer en qué consiste la Jurisdicción Especial Indígena y sus elementos constitutivos y la T- 496 de 1996, previamente referenciada respecto a los elementos configurativos del fueron indígena y en ese sentido se ha establecido su línea jurisprudencial, por lo cual, para realizar su valoración establecen:

- 1.-El aspecto subjetivo, por activa: En el cual el inculpado sea Indígena
- 2.-El aspecto subjetivo, por pasiva: En cuanto a la supuesta víctima, también sea Indígena.
- 3.-El factor territorial: en el cual se establezca que los hechos ocurrieron en el ámbito territorial de las comunidades indígenas.

En caso de que falte alguno de estos elementos, la competencia se asignará al Sistema Judicial Nacional, lo anterior se puede apreciar entre otras, en las siguientes sentencias: radicado 200402571 00 61, del seis de diciembre de dos mil cuatro, 20032336 01 167 de julio 30 de 2003, 20033341 01 40 de noviembre 12 de 2003, 1999 0750 A /348 C del 6 de septiembre de 2009 y 20010286 A/554 – C del 30 de abril de 2001.

c. Normas y procedimientos propios

Para abordar el tema del derecho propio, señalamos que existen en la actualidad 87 pueblos indígenas y que cada uno de ellos maneja una cosmovisión diferente acorde con sus usos y costumbres, y que han desarrollado, a lo largo de los años, un sistema de derecho propio, estableciendo, por ejemplo, conductas reprochables por la comunidad que derivan en sanciones específicas, según su forma de apreciar el mundo colindante o simplemente encontrando formas alternativas de solución de conflictos internos y, teniendo en cuenta que el derecho propio de los pueblos indígenas se desarrolla en

términos de jurisdicción propiamente dicha, los siguientes elementos determinados por la teoría clásica del derecho procesal (Sánchez, 2007:98), son constitutivos de ella, pues señala como elementos de la jurisdicción: la *notio*, el *iudicium* y el *imperium*.

La *notio* se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada juez, conforme a sus procedimientos establecidos; el *iudicium* es la facultad de resolver el asunto sometido a consideración del juez, acorde con las prácticas normales, y el *imperium* consistente en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales.

Todos estos elementos que enmarcan la jurisdicción dentro de la perspectiva occidental, deben ser acoplados y entendidos, como características que también comparte la jurisdicción especial indígena.

Conforme con lo anterior, cada uno de estos elementos reflejados en el ejercicio de la JEI, tiene limitantes establecidas: para el caso de la *notio*, ésta se encuentra delimitada, como se expuso en el acápite del territorio, por el factor geográfico y el de pertenencia étnica; el *iudicium*, se encuentra limitado por los derechos fundamentales constitucionales, pero dependiendo del grado de asimilación o conservación, el límite es el núcleo intangible de los derechos fundamentales, lo cual examinaré con más profundidad en el acápite siguiente y el *imperium*, que tiene como límites los derechos a la vida, y la prohibición de la tortura, la esclavitud y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Así, la jurisprudencia ha establecido unos límites concretos a la jurisdicción indígena, en lo que respecta específicamente a las sanciones impuestas por los pueblos indígenas, una vez han fallado un caso específico, respetando, claro está, el debido proceso; respecto a este derecho fundamental la Corte Constitucional³⁶ ha establecido que:

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-523/97, 15 de octubre de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-124907

“..El derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social”.

Entonces, debe haber una precedencia de normas y procedimientos aplicados para cada caso particular, de forma tal que se garanticen los derechos del sancionado, pues éste debía conocer previamente las implicaciones de su conducta, como también el procedimiento que deriva en la sanción, que se ha venido llevando a cabo; ello implica que las autoridades indígenas deberán aplicar los procedimientos que se hayan practicado en el pasado, lo cual comporta unas restricciones mínimas ligadas a la previsibilidad que debe informar el conjunto normativo y procedimental de dicha jurisdicción”³⁷.

Una vez se ha desarrollado el procedimiento establecido por el pueblo indígena que deriva en una sanción, ésta también tiene unos límites que la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sánchez, 2007^a:312-313) ha contemplado:

1- La expulsión de la comunidad: respecto a esta sanción, la Corte se ha pronunciado en dos ocasiones, en las sentencias T-254-94³⁸ y T-048 de 2002³⁹, concluyendo que ésta no se inscribía dentro de la prohibición constitucional del destierro de que trata el Art.

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1127/01, 25 de octubre de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, expediente T-407143.

³⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-254/94, 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-30116.

³⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-048/2002, 31 de enero de 2002, M.P. Álvaro Tafur González, expediente T-506.704

34° de la C.N. Lo anterior porque no se está realizando la expulsión del territorio, sino solamente de la comunidad indígena, que no contraría lo dispuesto en la norma constitucional y por ende está permitido.

2- El despojo de parcelas de cultivo: A juicio de la Corte:

“Si bien la propiedad de la cual puede ser titular una comunidad indígena tiene carácter colectivo, no escapa a esta Corte que en la medida en que sus usos y costumbres permitan el reconocimiento de mejoras efectuadas por sus miembros, la sanción consistente en la expulsión de uno de sus integrantes que, al mismo tiempo, signifique la pérdida absoluta de aquéllas, equivale a la pena de confiscación constitucionalmente proscrita. En verdad, el sujeto pasivo de la sanción y su familia se verían expuestos a una situación de indigencia y de absoluto despojo, motivos que llevaron al Constituyente a señalar que en ningún caso dicha pena podría ser impuesta”.

Por lo anterior, dicho castigo se encuentra prohibido, conforme a lo concluido en la sentencia ⁴⁰T-254/94.

3- El cepo: La constitucionalidad del cepo fue avalada por la sentencia T-349/96⁴¹, que en síntesis establece que dicha sanción no constituye un trato cruel e inhumano, que es un limitante constitucional consagrado en su artículo 12°. Esta sanción, pese a los riesgos físicos que implica, hacía parte de la tradición de la comunidad que la aplicaba (Emberá Chamí) gozaba de aceptación dentro de ésta en razón de su alto grado intimidatorio y de su corta duración, y no causaba ningún daño grave a la integridad física o mental del condenado.

⁴⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-254/1994, 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-30116

⁴¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-349/1996, 8 de agosto de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-83456.

4- **El fueite:** Mediante sentencia T-523/97⁴², la Corte ha establecido que:

“..Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo con el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que ‘humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno’, porque de acuerdo con los elementos del caso, ésta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al ‘escarmiento’ público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.”

Por lo cual esta sanción está permitida. El primer informe de la Defensoría del Pueblo, sobre indígenas en prisión (Defensoría del Pueblo, 2006), realizado en el 2006, establece que la autoridad indígena que tradicionalmente imponía sanciones corporales, como las descritas, en la actualidad, debido a influencias del cambio social a que se ven sometidas, ha variado paulatinamente sus costumbres sancionatorias e ingresando al marco de las sanciones de la justicia ordinaria, utilizando la privación de la libertad y su cumplimiento en establecimientos del INPEC, lo que a futuro puede traer consecuencias culturales funestas.

⁴² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-523/1997, 15 de octubre de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-124907

En lo que respecta al ejercicio propio del *imperium*, por parte de las autoridades indígenas, el art. 29 del Código Penitenciario y Carcelario⁴³, establece claramente que, cuando se trate de indígenas o de otros funcionarios con fuero especial, la detención se llevará en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Derivado de dicha normativa, el INPEC expidió la circular 012 de 1998⁴⁴, cuyo objetivo es ahondar en el proceso de “de-prisionalización” del indígena, como también preservar y respetar la diversidad étnica y cultural de la población indígena, buscando estrategias de trabajo, educación y asistencia de protección en pabellones especiales o cabildos indígenas-cárcel abierta. En coherencia con lo anterior, los directores de centros penitenciarios tienen la obligación de recluir en sus cárceles a los indígenas que sean remitidos por autoridades indígenas en funciones jurisdiccionales, ya que -según la Corte Constitucional-, es su deber constitucional y debe existir una colaboración real de las autoridades, como proceso de coordinación entre la J.E.I. y el Sistema Judicial Nacional:

“..Es más, es un hecho comprobado que la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo, y, como tal, no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos, instalaciones carcelarias, etc., para completar su realización. Por ello, es obligación del Estado, a través de las autoridades (Ministerio del Interior y de Justicia, INPEC) y de la jurisdicción ordinaria, convertir en realidad tal autonomía, a través de la colaboración permanente, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pueda avanzar en su consolidación.”

Más adelante agregó la Corte:

“...el hecho de recibir a los indígenas del Resguardo de Cristianía por parte del Director de la Cárcel de Andes, es, como se advirtió, resultado de un deber

⁴³ Colombia, Congreso de la República, Ley 65 de 1993.

⁴⁴ Colombia, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Circular 012 de 1998.

constitucional, en el proceso de consolidación de tal jurisdicción en la forma como fue acordado por las respectivas autoridades, y no se trata de un gesto de mera buena voluntad de su parte o del Director General del Inpec..⁴⁵”.

Pese a lo anterior, es importante resaltar nuevamente el informe de la Defensoría del Pueblo sobre indígenas en prisión, donde se establece que en la mayoría de los establecimientos carcelarios no se tiene un área específica para la atención de los indígenas, por lo cual, no se reúnen las condiciones para vivir dignamente acorde con su diversidad étnica y cultural, presentándose una amenaza frente a sus derechos constitucionales. Tampoco hay sitios especiales donde el interno indígena pueda desarrollar sus costumbres, por ejemplo, la agricultura, además de existir una ostensible falta de frentes de trabajo, de estudio y de actividades deportivas, recreativas, y culturales respetuosas de sus orígenes y cosmovisión.

Dicho informe también establece que el número de indígenas privados de la libertad (Defensoría del Pueblo, 2006) en los 48 establecimientos adscritos al INPEC (aunque no existe un censo exacto), se estima en cerca de 633 personas, lo que representa alrededor de 0.9% de la población reclusa total; de esa cifra, hay 276 sindicados y 357 condenados, de los cuales 27 indígenas han sido procesados y condenados por cabildos indígenas. Todas estas personas se encuentran en establecimientos carcelarios del departamento del Cauca (Santander de Quilichao, Popayán, Caloto y Silvia), en éste último municipio, se encuentra la mayoría de estos reclusos. Ahora bien, teniendo en cuenta que el informe referenciado de la Defensoría del Pueblo fue realizado en el 2006, según el “reporte numérico, censo grupos con condiciones excepcionales del año 2007” realizado por el INPEC (INPEC, 2007), hay 680 indígenas privados de la libertad en establecimientos Penitenciarios y Carcelarios adscritos al INPEC, presentándose un

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-239/2002, 5 de abril de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, expediente, T-559452.

aumento aproximado de 47 indígenas respecto a la fecha del informe realizado por la Defensoría del Pueblo.

En este orden de ideas, en el fallo de la Corte Constitucional T-239 de 2002, se plantea que, tomando en cuenta que muchas comunidades indígenas no tienen centros de reclusión propios, existe en la Penitenciaría Nacional San Isidro⁴⁶ un patio indígena en el que se creó un Cabildo, que orienta y dirige a los indígenas condenados por las autoridades ordinarias y las indígenas, conforme con la resolución 00994 de julio de 1990 del Ministerio de Justicia⁴⁷. Por otro lado, existe un proyecto del INPEC para adecuar una granja donde se puedan recluir a todos los indígenas, como también otro proyecto para construir un centro de reclusión indígena, cuya financiación se está gestionando a nivel internacional, en concordancia, con lo también ordenado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁸:

“...Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales.”

Delitos de Lesa Humanidad:

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece la definición de crimen de lesa humanidad, el cual comprende las conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos u otros definidos expresamente, desaparición

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-1294/2005, 7 de diciembre de 2005, M.P., Clara Inés Vargas, expediente, T-1172666.

⁴⁷ Colombia, Ministerio de Justicia, resolución 00994 de julio de 1990.

⁴⁸ Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-394 de 1995, 7 de septiembre de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, expediente, D-800.

forzada, secuestro o cualesquiera actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física de quien los sufre.

Respecto al juzgamiento de asesinatos, por miembros de las comunidades indígenas el Consejo Superior de la judicatura, ha aplicado los criterios de la Corte Constitucional en la sentencia T-496 de 1996, respecto a los elementos del fuero indígena, para determinar su juzgamiento, como se explicó previamente.

En cuanto al exterminio o desplazamiento forzoso, no se tienen precedentes, respecto a que las comunidades indígenas realicen este tipo de actuaciones.

En lo que respecta a encarcelación, pese a que las comunidades indígenas reprochan este tipo de castigos al momento de sancionar a sus infractores, conforme al artículo 246 de la constitución Nacional, le está permitido la aplicación de dicho castigo.

Acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para determinar si nos encontramos frente a una forma de tortura, se debe realizar una valoración antropológica respecto a los usos y tradiciones ancestrales de la comunidad indígena y el grado de sufrimiento que se le pueda impartir al sujeto infractor, lo que sucedió en el caso del cepo o el fuate, que en acápites anteriores se explicó detenidamente. concluyéndose que su uso es permitido, por lo cual, no existe una regla definida, referente a la valoración de cada actuación, por lo tanto, cada caso en concreto debe analizarse detenidamente.

Finalmente, respecto a otro tipo de delitos de lesa humanidad, no existen precedentes, en cuanto sean cometidos por miembros de las comunidades indígenas y que por tal motivo hayan debido ser juzgados.

En otro orden de ideas, dentro de la multiplicidad de usos y costumbres de los diversos pueblos indígenas, además de tener contemplados castigos a las infracciones realizadas por los integrantes de sus comunidades, es muy interesante la práctica realizada por la

comunidad Kamëntsá ubicada en el Valle de Sibundoy, parte noroccidental del Putumayo, en donde anualmente en el mes de febrero, se realiza su principal fiesta y dentro de ella, se lleva a cabo el “*Clëstrinye*”, festividad que tiene distintas denominaciones “*los carnavales de dios*”, “*la gran fiesta*”, “*el día más grande*” “*el día del perdón*”, “*la fiesta del maíz o la alegría*” y el “*carnaval del perdón*” (Tobar y Gómez, 2004:16).

En el “*Clëstrinye*”, los miembros de la comunidad realizan un ritual de perdón entre ellos, en el cual básicamente (y sin profundizar demasiado en el mismo, pues de hecho tiene unas implicaciones y por causas menores mucho más específicas dentro de su comunidad), se dicen unos a otros las ofensas o agresiones cometidas entre sí, como también la intención que pudiesen haber tenido de causar un agravio al otro, para posteriormente perdonarse mutuamente. Dicho ritual tiene unas connotaciones importantes:

“..El ritual del perdón comunica un sentido de paz que, en primer lugar, llama al reconocimiento de la ofensa o de la falta permitiendo que el sujeto encarne sus actos y responda por ellos; en segundo lugar, el acontecimiento del perdón es una forma de justicia intersubjetiva, un tiempo social en el cual el agresor y el agredido se enfrentan rostro a rostro a través del lenguaje del don: dar la palabra, obsequiar algo (regalar «una botella de trago y tomar juntos», por ejemplo) Este obsequio ritual instauro un espacio para reconocer la interioridad y la conciencia de los actos individuales para la exterioridad del o ante el «otro yo», dado que el ofensor es responsable respecto al otro y frente a la realidad social que lo sobrepasa....” (Tobar y Gómez, 2004:57).

Este interesante ritual de reconciliación y de ejemplo de tolerancia, que realiza el pueblo Kamëntsá, demuestra que las comunidades indígenas, además de examinar castigos derivados de conductas reprochables en ellos, también contemplan espacios de perdón y

armonía, que mitigan entre sus habitantes sentimientos de odio o violencia y conducen a una convivencia pacífica, tranquila y libre de resentimientos; lo que -sin lugar a dudas-, sirve de ejemplo a la sociedad occidental, que en estos tiempos atraviesa por momentos difíciles, derivados del entorno sociopolítico, que trae consigo egoísmo, violencia e intolerancia.

a. Que las normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y la Ley

Al respecto, la Corte determina que no cualquier norma constitucional o legal prevalece sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (Sánchez, 2007^a:313), puesto que: “...para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural..”⁴⁹.

De igual manera, se establecen unos mínimos fundamentales de respeto, que son:

El derecho a la vida, el derecho a la integridad del cuerpo, el derecho a no ser esclavizado y el derecho a un debido proceso (Sánchez, 2007^a:313-314).

La Constitución Nacional ha dispuesto que las atribuciones conferidas a las autoridades de los pueblos indígenas para administrar justicia deben ajustarse a la “*Constitución y leyes de la República*”; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme (Sánchez, 2007:103); al respecto, pueden establecerse tres líneas de precedentes, que se pueden concretar de forma sucinta de la siguiente manera:

SENTENCIA T-254 DE 1994⁵⁰.	SENTENCIA T-349 DE 1996⁵¹	SENTENCIA SU 510- 1998⁵²
--	---	--

⁴⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-139/96, 9 de abril de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1080.

⁵⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-254/1994, 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-30116.

MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ	MP. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.	MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
<p>Cuatro principios interpretativos para determinar los límites del derecho a administrar justicia de los pueblos indígenas:</p> <p>1- A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.</p> <p>2-Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares, pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (C.P. Art. 4, 6 y 95). Como también las normativas internacionales sobre Derechos Humanos.</p> <p>3-Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.</p> <p>4- Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas, Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad.</p> <p>CONCLUSIÓN:</p> <p>Lo primero que ha de tenerse en cuenta para establecer los límites al ejercicio del derecho es el grado de conservación de usos y costumbres que pueda demostrar cada comunidad indígena: Si el grado es alto, los límites se reducen, si el grado es bajo, los límites aumentan.</p> <p>En cualquiera de los dos casos, los derechos fundamentales son un límite inquebrantable para la autoridad indígena, al igual que las normas imperativas de orden público que protejan valores superiores al de la diversidad cultural. Las normas dispositivas, por el contrario, no se consideran un límite para la</p>	<p>Los límites al derecho de los pueblos indígenas deben establecerse teniendo en cuenta las personas e intereses que se ven afectados por la decisión de las autoridades indígenas.</p> <p>En el caso que las personas e intereses involucrados pertenezcan a una misma comunidad o pueblo indígena, debe aplicarse el principio de maximización de la autonomía.</p> <p>Según este principio, los UNICOS LIMITES A LA AUTORIDAD INDIGENA EN LOS CASOS EN LOS QUE EL PRINCIPIO SE APLICA SON:</p> <p>1- El derecho a la vida.</p> <p>2- La prohibición a la tortura, y</p> <p>3- La prohibición de la esclavitud, la servidumbre y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes y el derecho a que el castigo sea previsible para los miembros de la comunidad.</p> <p>PROTEGIÓ LA SANCIÓN DEL CEPO por considerar que no constituye un trato cruel, inhumano o degradante; sin embargo, observó que la comunidad impuso una sanción distinta de las previsibles para sus miembros, por lo que solicitó pronunciarse sobre su disponibilidad para repetir el juzgamiento.</p> <p>En la sentencia T-523 de 1997, La Corte protegió la sanción del fute también bajo la consideración de que ella no constituye un trato cruel inhumano ni degradante.</p> <p>En ambos casos, el nivel de conservación de las comunidades no era muy alto (Emberá Chamí).</p>	<p>SENTENCIA DE UNIFICACIÓN.</p> <p>En ella se mantiene el criterio de una mayor autonomía, dependiendo del grado de conservación de la comunidad en cuestión, recogiendo en este primer punto el primer principio de la primera línea de jurisprudencia.</p> <p>Pero se abandona dicha línea en cuanto a los límites al ejercicio del derecho a administrar justicia, rediciéndolos al conjunto de derechos fundamentales.</p> <p>En el caso concreto, en razón del alto nivel de conservación de la comunidad afectada por decisión de la Corte, el límite sólo incluyó los núcleos intangibles de estos derechos.</p> <p>De acuerdo con el examen de la Corte, la comunidad involucrada debía respetar el derecho a la libertad de conciencia de sus miembros, en tanto este derecho constituye el núcleo intangible de la libertad religiosa y de cultos.</p> <p>Plantea que los límites se determinan en primer lugar por el nivel de asimilación o conservación de la comunidad indígena de la que se trate.</p> <p>El referente único para establecer los límites son los derechos fundamentales.</p> <p>Dependiendo del nivel de asimilación o conservación de la comunidad, el límite será solamente el núcleo intangible de cada uno de estos derechos o la totalidad de las garantías relacionadas en cada uno.</p>

⁵¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-349/1996, 8 de agosto de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-83456.

⁵² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-510/98, 18 de septiembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T- 141047.

<p>autoridad indígena. Sólo dos principios pueden ser aplicados directamente como reglas:</p> <p>1- El que se refiere A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES que son un límite para todos los caso y</p> <p>2- el que se refiere A LAS NORMAS LEGALES DISPOSITIVAS, que no constituyen un límite en ningún caso.</p>		
--	--	--

Conforme con lo anterior, la sentencia SU 510 de 1998⁵³, puede tener más relevancia jurídica, respecto de las otras dos enunciadas, teniendo en cuenta que se trata de una sentencia de unificación y por ello, recoge y agrupa los aspectos más preponderantes de las providencias emitidas.

3. Derechos de las comunidades indígenas como sujetos colectivos reconocidos jurisprudencialmente.

Desde la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, la Corte Constitucional ha venido reconociendo algunos derechos a las comunidades indígenas por medio de sus fallos; es así que, paulatinamente, ha realizado importantes valoraciones al respecto. Una de ellas es la que se refiere a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas como sujeto colectivo de derecho, reconocido como unidad, que dista de los sujetos de derechos colectivos (Sánchez, 2007^a:305-306), cuando determinó:

“La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento, es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o

⁵³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-510/98, 18 de septiembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T- 141047.

*intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes*⁵⁴”.

Los derechos fundamentales de los pueblos indígenas como sujeto colectivo, son cuatro (Sanchez, 2007^a:306):

- El derecho a la subsistencia derivado de la protección constitucional del derecho a la vida;
- El derecho a la integridad étnica cultural y social;
- El derecho a la propiedad colectiva y,
- El derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

En la sentencia T-380 de 1993⁵⁵, la Corte Constitucional establece que las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, derivado del derecho a la vida que consagra el artículo 11º de la C.N. De igual manera, manifiesta que la cultura de las comunidades corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo -, conduciría a la desestabilización y a la eventual extinción de dichas comunidades.

Por otro lado, el derecho a la integridad étnica y cultural también obtuvo pleno reconocimiento por parte de la Corte Constitucional, al determinar, que las comunidades indígenas constituyen un recurso natural humano⁵⁶, que se estima parte integral del ambiente y más aún, cuando la población indígena ocupa territorios con ecosistemas de

⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-380/1993; 13 de septiembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-13636.

⁵⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-380/1993; 13 de septiembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-13636

⁵⁶ Colombia Corte Constitucional, sentencia T-342-94; 27 de julio de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expediente T-20973.

excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante de ellos, que a la vez, son patrimonio natural y cultural de la nación.

La integridad y supervivencia cultural también fueron abordadas por las sentencias T-428 de 1992⁵⁷ y T-007 de 1995⁵⁸, entre otras.

El derecho a la propiedad colectiva fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional al reconocer que el mismo reviste una importancia esencial para las culturas, ya que las comunidades indígenas tienen una especial relación con los territorios que ocupan, no solo como medio de subsistencia, sino porque hace parte de su cosmovisión y religiosidad⁵⁹.

En las sentencias T-567/92⁶⁰ y T-405/93⁶¹, trataron la propiedad colectiva, en lo que respecta al derecho a la titulación y a los límites al derecho de exclusión, respectivamente. De éste último se destaca que:

“Aunque los resguardos indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables, ello no es óbice para que el Estado, en uso de su soberanía, pacte convenios y tratados internacionales con los demás entes gubernamentales y fije estrategias en aras de cumplir con su cometido, como son mantener el orden público, vigilar el narcotráfico y, proteger a todos los residentes en el suelo patrio sin distingo de clase social, raza, lengua, religión, etc.).

En la sentencia T-257/93⁶², se abarcó el tema de los límites y unificación de los resguardos indígenas.

⁵⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992, 24 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, expediente T-859.

⁵⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-007 de 1995, 16 de enero de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expediente T-43289.

⁵⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-188 de 1993; 12 de mayo de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente T-7281.

⁶⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1992, 23 de octubre de 1992, M.P., José Gregorio Hernández Galindo, expediente, T-3746.

⁶¹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-405/93, 23 de septiembre de 1993, M.P., Hernando Herrera Vergara, expediente, T-12.559

Los alcances de la consulta previa a las comunidades indígenas en temas que puedan afectarlos, fue analizada igualmente por la jurisprudencia al determinar:

“..No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica...”⁶³.

Lo anterior, también fue examinado por la sentencia SU-039 de 1997⁶⁴.

En lo que respecta a otros tipos de derechos individuales, es interesante el reconocimiento a la medicina tradicional practicada por las comunidades indígenas, como elemento de diversidad étnica y cultural; al respecto, la Corte manifestó:

“...Todo lo dicho no implica que en algunos grupos especiales, tales como las tribus indígenas, no puedan existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales. Su actividad está protegida por el artículo 7º de la Constitución, que asigna al Estado la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural...”⁶⁵”

De igual manera en otra providencia manifestó:

“Aunque no es obligación del Estado darle medicina alternativa a un recluso, salvo que ya exista infraestructura para prestar este servicio asistencial especial, de todas maneras se protegen las actividades de los "curanderos" indígenas, de lo cual se

⁶² Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-257 de 1993, 30 de junio de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, expediente T- 10.239

⁶³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, 10 de noviembre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Expedientes acumulados T-168.594 y T-182.245

⁶⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, 3 de febrero de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expediente T-84771.

⁶⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-377 de 1994, 25 de agosto de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, expediente D-486.

*deduce que no se rechaza la medicina alternativa que ellos proponen, luego hay que ponderar en cada caso particular la autonomía y la protección a la diversidad étnica y cultural...*⁶⁶

El derecho a determinarse por su cosmovisión religiosa, fue tratado por las sentencias Nos T-342 de 1994 y SU-510 de 1998 (Sánchez, 2007:90).

El derecho a la igualdad lingüística fue analizado por la sentencia T-384 de 1994⁶⁷; y el derecho a determinar sus propias instituciones políticas por la T-652 de 1998⁶⁸, entre otras.

2.2. Declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:

Es importante destacar, que a pesar de que la jurisprudencia colombiana ha realizado importantes reconocimientos a los derechos de los pueblos indígenas del país, como sujetos colectivos de derecho y de otros como sujetos individuales, Colombia se abstuvo de hacer parte de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la cual fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007, durante la 61 sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Dicha Declaración fue el resultado de más de 22 años de elaboraciones y debates⁶⁹ puesto que en ella, 143 países votaron a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y hubo 11 abstenciones (Azerbaiján, Bangladesh, Bhután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania); 34 Estados no estuvieron presentes en la votación.

⁶⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-214 de 1997, 29 de abril de 1997, M.P., Alejandro Martínez Caballero, expediente T-122494.

⁶⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-384/94, 31 de agosto de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-36956.

⁶⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, 10 de noviembre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Expedientes acumulados T-168.594 y T-182.245.

⁶⁹ Aunque una Declaración no es vinculante (de obligatorio cumplimiento) en el ordenamiento internacional, su contenido y el carácter del espacio abierto por la ONU para los pueblos indígenas del mundo, el Foro Permanente de Cuestiones Indígenas, sí representan un escenario político de trascendencia capital para el avance del respeto y promoción y protección de los derechos de estas poblaciones.

Colombia argumentó, a través de su representante, Jairo Montoya⁷⁰, que algunos aspectos de la Declaración estaban en la contradicción directa con el sistema interno legal de Colombia, incluyendo las provisiones de artículos 19⁷¹, 30⁷² y 32⁷³, forzando al país a abstenerse sobre el texto.

La posición de Colombia referente a su abstención guarda estrecha relación con lo establecido por la sentencia T- 254 de 1994⁷⁴, en lo que respecta a que las normas legales imperativas (de orden público) de la República, priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, como también con lo expuesto por la sentencia T-405 de 1993⁷⁵, que determinó que el Estado, en uso de su soberanía, puede pactar convenios y tratados internacionales con los demás entes gubernamentales y fijar estrategias para mantener el orden público, vigilar el narcotráfico y proteger a los residentes en el suelo patrio sin distinción de raza, lengua etc.; lo cual incluye, necesariamente, a los resguardos indígenas.

⁷⁰ GENERAL ASSEMBLY ADOPTS DECLARATION ON RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES; 'MAJOR STEP FORWARD' TOWARDS HUMAN RIGHTS FOR ALL, SAYS PRESIDENT, EN Department of Public Information • News and Media Division • New York, En <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>, consulta 8 de enero de 2007.

⁷¹ Artículo 19: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

⁷² Artículo 30: 1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. 2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

⁷³ 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-254/1994, 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-30116.

⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-405/93, 23 de septiembre de 1993, M.P., Hernando Herrera Vergara, expediente, T-12.559

Los artículos mencionados de la Declaración de los Derechos de los Pueblos indígenas, establecen claras limitantes a las políticas de orden interno, puesto que fijan condicionamientos respecto de la posibilidad de realizar operaciones militares en territorios indígenas, o de disponer libremente de los mismos en circunstancias especiales, lo cual, frente a las actuales condiciones de orden público en Colombia, fueron considerados por la actual administración como una talanquera evidente respecto a la política de seguridad democrática pregonada por el actual gobierno.

Sin embargo, Colombia hubiese podido suscribir la declaración, guardando reserva sobre los artículos en los cuales no estuviese de acuerdo, ya que el contenido de la Declaración tiene connotaciones trascendentales respecto a los derechos de las comunidades indígenas, puesto que precisa los derechos colectivos e individuales de los pueblos, especialmente sus derechos a sus tierras, territorios y recursos, a su cultura, identidad y lengua, al empleo, la salud, la educación y a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico (ONU, Doc.A/RES/61/295/2007).

Del mismo modo, enfatiza en el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, y a perseguir libremente su desarrollo, de acuerdo con sus propias necesidades y aspiraciones; prohíbe la discriminación contra los indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les conciernen y su derecho a mantener su diversidad y a propender por su propia visión económica y social.

Acorde con lo expuesto, a pesar de que muchos de los derechos consignados en la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, han sido plenamente reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la suscripción de la Declaración por parte de Colombia, hubiese sido un avance significativo en el ejercicio efectivo de la Jurisdicción Especial Indígena, puesto que ella refuerza y complementa la

normatividad internacionalmente reconocida sobre derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas, máxime cuando éstas son minorías étnicas, como es el caso de Colombia, además, teniendo en cuenta que no existe una ley de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional.

CONCLUSIONES

Los grupos étnicos calificados hace un siglo como salvajes⁷⁶, en este momento, son considerados por nuestra Carta Magna, como comunidades culturalmente diferentes, poseedoras de otros valores y creencias diferentes a las comúnmente reconocidas por Occidente.

La Jurisdicción Especial indígena, establecida constitucionalmente a partir de la consagración realizada por el artículo 246 de la C.N, tiene importantes connotaciones para las comunidades indígenas, pues les permite administrar justicia dentro de su territorio, conforme a sus normas y procedimientos establecidos; territorio que abarca, no simplemente el demarcado por sus resguardos, sino también el tradicionalmente ocupado por dichas comunidades.

Ese derecho a administrar justicia, tiene implícitas funciones legislativas, pues permite a las comunidades crear sus propias normas y procedimientos para ser aplicados dentro de su jurisdicción.

Cuando las comunidades indígenas deciden administrar justicia dentro de su territorio y emiten algún tipo de decisión, esa decisión tiene el mismo efecto jurídico que un fallo emitido por cualquier juez de la República dentro del Estado Colombiano.

⁷⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-139/96, 9 de abril de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1080

La facultad de conocer los asuntos que por competencia asumen, se encuentra restringida por dos elementos: el territorial y el personal o de pertenencia étnica.

En el elemento territorial, las autoridades indígenas pueden conocer de las circunstancias que sucedan dentro de su territorio o del que habitualmente ocupen; y el factor personal o de pertenencia étnica, depende de la valoración personal del sujeto involucrado y su grado de etnicidad.

Acorde con lo anterior, si los sujetos involucrados son de un mismo pueblo indígena y los hechos ocurren dentro de su territorio, la jurisdicción radica en las autoridades indígenas; pero en caso que los involucrados sean un indígena y un no indígena, entonces la jurisdicción dependerá de que los hechos estén regulados por ambos ordenamientos y el nivel de comprensión que tenía el individuo involucrado, respecto de las normas y prácticas sociales de la población colombiana.

Respecto al cumplimiento de sanciones, las autoridades indígenas tienen la potestad de recluir a los indígenas sancionados, en los centros adscritos al INPEC, tal como la jurisprudencia lo ha establecido, pero, es de resaltar, que dichos centros no tienen las condiciones necesarias para que los indígenas puedan vivir dignamente, de acuerdo con su diversidad étnica y cultural; por ello, el INPEC se encuentra en la obligación constitucional y legal de suministrar los medios que sean necesarios para la construcción de sitios especiales, que vayan acordes con su identidad étnica.

La facultad de resolver un caso sometido bajo su jurisdicción, se encuentra limitada, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-510/1998). Dichos límites constituyen los derechos fundamentales constitucionales, pero dependiendo del grado de conservación de sus usos y costumbres, el límite será el núcleo intangible de estos derechos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que los derechos fundamentales de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos son cuatro: el derecho a la subsistencia, derivado de la protección al derecho a la vida, el derecho a la integridad étnica cultural y social, el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

Finalmente, en lo referente a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Colombia se abstuvo de suscribir dicha declaración aduciendo que algunos aspectos de ese instrumento internacional estaban en la contradicción directa con el sistema interno legal de Colombia, incluyendo las provisiones de los artículos 19, 30 y 32; lo cual, de alguna forma, implica un retroceso frente a la evolución legislativa y jurisprudencial, que se ha venido presentando a partir del reconocimiento que se hiciera por parte de la Constitución de 1991, ya que dicha declaración determina importantes derechos que por la ausencia de una ley de coordinación en Colombia, hubiesen facilitado el ejercicio real de la Jurisdicción Especial Indígena, pese a lo anterior, es relevante determinar, que la dicha Declaración, si se hubiere suscrito, no tiene efectos jurídicos vinculantes sobre el Estado Colombiano, por tratarse precisamente de una declaración, sin embargo, tendría otro tipo de implicaciones, como por ejemplo de carácter político, que también hubieran afectado la política de seguridad democrática existente en nuestro país.

Como corolario, es claro que, a pesar de que por vía jurisprudencial se han realizado importantes reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas, ya sea como sujetos colectivos de derechos o como sujetos individuales, se hace imprescindible la realización de una ley de coordinación entre las dos jurisdicciones, la ordinaria y la indígena, que permita a los operadores judiciales y a las autoridades indígenas tener una

normativa explícita, que contribuya a dilucidar más fácilmente el ejercicio efectivo de la JEI, sin embargo, de la claridad y objetividad de dicha normativa, recaerá sin lugar a dudas, la posibilidad de que exista un real pluralismo jurídico y que el proceso de coordinación se desenvuelva como un factor que disminuya la impunidad en Colombia. De igual manera es necesaria la creación de centros de reclusión especiales, que cumplan con las condiciones necesarias, para preservar la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas.

CAPITULO IV - PERSPECTIVAS DEL DIALOGO INTERJURISDICCIONAL

Resumen.

En el presente se presenta un panorama general de la situación actual de la coordinación entre el sistema nacional judicial y la jurisdicción especial indígena, de manera que las perspectivas de ésta coordinación se fundamentan en la percepción que cada uno de los actores de los diferentes sistemas de administración de justicia expuso en el trabajo de campo realizado dentro del proyecto: "Extensión de la Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena", y con base en las mismas se exponen sus fortalezas, debilidades, retos y oportunidades.

Abstract

In this article one presents a general panorama of the current situation of the coordination between the national judicial system and the special indigenous jurisdiction, so that the perspectives of this one coordination are based on the perception that each of the actors of the different systems of administration of justice exposed in the fieldwork realized inside the project: " Extension of the Coordination of the Judicial National System and the Special Indigenous Jurisdiction ", and with base in the same ones they are exposed his strength, weaknesses, challenges and opportunities.

Introducción

En desarrollo del Proyecto de fortalecimiento de la coordinación entre la jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional, se realizaron diversos talleres, con cada uno de los 18 pueblos indígenas, con objetivos específicos, un primer taller de diagnóstico situacional y relacional, donde se examinaron temas de diagnóstico indígena, relacionado con sus autoridades, sus normas y procedimientos, experiencias y problemas en el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena; del mismo modo, se realizaron dichos talleres con los operadores jurídicos donde se examinaron esos mismos elementos como fundamento del ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena y se indagó sobre las experiencias y problemas en el ejercicio de dicha jurisdicción, tocando también el tema de la jurisprudencia existente en dicho tema.

Un segundo taller de participación, formación y acción de formadores y formadoras., en el cual con base en el diagnóstico se fortalecieron las temáticas más relevantes, para el ejercicio de coordinación entre ambas jurisdicciones.

Dichos talleres se realizaron en los territorios propios de las comunidades indígenas, permitiendo una interacción entre los jueces, magistrados y los miembros de las comunidades indígenas; lo que permitió realizar un avance significativo en el entendimiento de culturas diversas y de sistemas de justicia diferentes; lo cual además, permitió identificar como los pueblos indígenas imparten justicia, por medio de sus autoridades, dentro de su territorio y conforme a sus normas y procedimientos.

Acorde con lo anterior, con base en los resultados arrojados por dichos talleres, conforme a los lineamientos constitucionales establecidos en el artículo 246 de la Constitución Nacional, es decir, autoridades indígenas, territorio, normas y procedimientos; en el presente capítulo, se abordarán las circunstancias más relevantes

que configuran una perspectiva del dialogo interjurisdiccional, estableciendo sus fortalezas, debilidades, retos y oportunidades.

1. Fortalezas del dialogo interjurisdiccional.

El artículo 246 de la Constitución Nacional, como en capitulos anteriores se ha referenciado, determinó que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, de acuerdo con sus normas y procedimientos, frente a lo cual era preponderante conocer cuáles eran esas Autoridades que determinaban las comunidades indígenas y acorde con ella cuales podrían ejercer y aplicar justicia.

Los 18 pueblos indígenas objeto del proyecto, evidenciaron un pluralismo cultural dentro de las mismas comunidades indígenas, puesto que, cada uno de ellos tiene autoridades diversas que ejercen funciones diferentes, por ejemplo autoridades espirituales⁷⁷, Civiles⁷⁸, etc.

La mayoría de los pueblos indígenas, tienen definidas sus autoridades tradicionales y muestran un gran respeto por las directrices que estas imparten, por lo tanto, el acatamiento de sus decisiones al interior de las comunidades es un factor preponderante para el ejercicio efectivo de la Jurisdicción Especial indígena.

Al interactuar las autoridades indígenas con los operadores jurídicos, se vislumbro un gran respeto de los jueces y magistrados frente a dichas autoridades y de igual manera, los miembros de las comunidades indígenas, mostraron interés por conocer las funciones que desempeñaban los operadores jurídicos (Romero y Rueda, 2009), lo cual permite un trabajo mancomunado frente al proceso de coordinación interjurisdiccional.y

⁷⁷ Los Mamos dentro de los Kankuamos.

⁷⁸ La junta Directiva en el Pueblo Kogui.

de esta manera una reducción de la impunidad, como objetivo fundamental del proyecto.

Los miembros de las comunidades indígenas, demostraron gran voluntad de diálogo y de acercamiento con los operadores jurídicos de la Rama Judicial, solicitando inclusive espacios de concertación, donde se propicie el acercamiento entre ambas jurisdicciones. (Romero, 2009).

La voluntad de diálogo y de acercamiento entre los operadores de la Rama judicial se hizo evidente, entre otras, en la región amazónica donde expresaron su gran interés por seguir participando activamente en el proyecto, con el fin de poder conocer el sistema de derecho propio de los pueblos indígenas (Romero, 2009) Y del mismo, modo en transcurso de los otros talleres, a lo largo y ancho del territorio nacional, los operadores jurídicos de las diferentes regiones, también lo expresaron.

Es sin lugar a dudas, una fortaleza extraordinaria, la voluntad de diálogo y acercamiento por parte de los miembros de la rama judicial, hacia las comunidades indígenas, puesto que, ello demuestra el ejercicio práctico y real, de una verdadera interculturalidad y el reconocimiento del pluralismo jurídico existente, ya que si partimos de que ambas partes ejercen funciones jurisdiccionales⁷⁹, dentro de sus propias culturas y se logra concretar un dialogo de enlace, los resultados serán una coordinación eficiente y adecuada.

Teniendo como referente, que los talleres se desarrollaron en los territorios propios de las comunidades indígenas, la interacción de los operadores jurídicos, con los miembros de los pueblos indígenas y viceversa, permitió un acercamiento y un conocimiento de las dos culturas, ya que la perspectiva de los operadores jurídicos fue totalmente diferente, una vez conocieron un poco más de cerca como desarrollan sus actividades

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 713 DE 2008.

cotidianas los pueblos indígenas; ello conllevó a un interesante proceso de sensibilización mutua, ya que, para las autoridades indígenas, fue muy grato y enriquecedor, tener a su lado a un Juez o a un Magistrado de la República, puesto que en principio, los percibían como personajes inalcanzables, lo cual derivaba en cierta desconfianza frente a sus actuaciones, en razón a que sentían que no los tenían en cuenta, ni les otorgaban la importancia necesaria; ya que ellos, también impartían justicia.

Del mismo modo, los operadores jurídicos, se mostraron gratamente sorprendidos, al conocer personalmente como las comunidades indígenas desarrollaban su actuar cotidiano, y como aplicaban justicia, acorde con sus normas y procedimientos, de acuerdo a su sabiduría tradicional, llena de dinamismo y preocupación por la resocialización del individuo infractor (Gómez, 2009^a).

Una de las fortalezas del sistema de aplicación de justicia de las comunidades indígenas, es la practicidad y dinamismo, con que aplican los correctivos y ejercen su jurisdicción, ya que todo es susceptible de ser analizado por la comunidad, como máximo órgano de justicia (Gómez, 2008^a), quien es en últimas quién toma las decisiones pertinentes y evalúa si los correctivos aplicados son excesivos.

Una prueba de lo anterior, es que en el municipio de San Agustín Hulia, en desarrollo del taller de diagnóstico, en compañía del pueblo Yanacona y de los operadores jurídicos de la Región, incluidos Jueces y Magistrados, se presentó una muestra muy interesante de aplicación de justicia⁸⁰. Algunos líderes de las comunidades indígenas, tuvieron un comportamiento inadecuado, a los ojos de sus autoridades y del pueblo mismo, por lo cual, aplicaron los correctivos necesarios; realizando una reunión con las principales autoridades indígenas, llegando a tomar una decisión sancionatoria,

⁸⁰ Experiencia como investigador. Taller de Diagnóstico Pueblo Yanacona. Carlos E. Rueda C.

consistente en atarlos de manos en medio de la maloca, frente a toda la comunidad, con el fin de que reflexionaran respecto a su actuar y comprendieran que habían actuado en forma incorrecta y que habían ofendido a su pueblo; adicionalmente les impusieron la obligación de cortar con hacha, alrededor de 6 troncos de gran magnitud cada uno.

Una vez la comunidad escucho la decisión tomada y después de que los infractores estuvieron durante largas horas de pie, frente a toda la colectividad, el pueblo se manifestó y decidieron discutir la sanción abiertamente, donde se dio la posibilidad de escuchar nuevamente a los infractores, exponiendo sus razones y su arrepentimiento frente a lo sucedido, se escucho a las autoridades que tomaron la decisión respectiva; y luego de un análisis abierto y espontáneo, donde se dio la oportunidad de participar a los miembros de la comunidad, se llegó a la conclusión, que con la exposición pública de los infractores era suficiente y revocaron el resto de sanción correspondiente al corte de leña.

Lo anterior demuestra, que las comunidades indígenas son prácticas a la hora de impartir justicia, en parte por su sistema oral de aplicación de justicia, lo que no implica una violación al principio fundamental al debido proceso, ya que tienen un procedimiento predeterminado, donde la comunidad siempre tiene la última palabra frente a las decisiones tomadas y sus procedimientos están acompañados de eficacia.

De igual manera, un ejemplo fehaciente, de la eficacia del sistema de justicia de los pueblos indígenas y de su necesidad de re socializar al individuo, como fin último, es lo ocurrido con el pueblo Arahua, quienes han impartido justicia, logrando la restitución del infractor a la comunidad (Gómez, 2008^a):

“Responde Leonor Zalabata e indica que *“En los casos que conozco las personas han pagado dentro del territorio hasta 10 años (3 casos de Antonio, camilo, donachui, la*

mujer), máximo que se ha conocido. A los 4 o 5 años ya son personas de confianza. Se restituyen socialmente y se aceptan culturalmente”.

(...)

“La justicia es pública. La comunidad tiene el derecho de opinar, de referirse a la conducta. Cuando el castigo es colectivo, al principio da pena. Es una práctica que nos educa y que la ejerce la comunidad. Todos conocen como se tomaron las decisiones, qué se investigó, como se investigó”.

Acorde con lo anterior, es muy interesante, que las comunidades indígenas realicen procesos públicos, delante de toda la comunidad, ya que le imprime transparencia, publicidad al procedimiento y crea confianza entre los miembros de la comunidad, además de tener una doble labor, ya que el infractor siente públicamente que su conducta es reprochable, por lo tanto, desde un principio se está trabajando por la resocialización del indígena a su comunidad.

Producto de ese encuentro interjurisdiccional, la comprensión de los operadores jurídicos, respecto a los procedimientos de las comunidades indígenas varió notablemente, ya que se evidenció su eficacia, lo cual, es un punto importante a la hora de concretar la coordinación entre las dos jurisdicciones.

Otra fortaleza derivada del dialogo entre las dos jurisdicciones, fue que se evidenció la disposición de los operadores jurídicos respecto al conocimiento de los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas (Romero, 2009), lo que permite una mayor objetividad a la hora de coordinar con la jurisdicción indígena, puesto que de su conocimiento, depende en gran parte, el respeto de sus decisiones y el no usurpar sus competencias.

Del dialogo interjurisdiccional también se comprobó, que en algunas regiones del país, los operadores judiciales tienen buenas relaciones con los miembros y autoridades de

las comunidades indígenas, como el caso de los jueces de la zona colindante al valle de Sibundoy, donde existe un real reconocimiento de las autoridades del pueblo Camëntsá (Gómez, 2009), lo que es un elemento fundamental para lograr una eficiente coordinación con el sistema judicial nacional, ya que se parte de un respeto mutuo de ambas jurisdicciones.

Los magistrados del Tribunal de Pasto que asistieron al taller realizado en Sibundoy (Putumayo) (Gómez, 2009), tienen mayor desconocimiento de las autoridades indígenas del pueblo Camëntsá, en razón a que desempeñan sus funciones judiciales en la ciudad de Pasto, sin embargo estuvieron abiertos a aprender más acerca de las mismas, confirmándose una vez más, la disposición y compromiso de los operadores jurídicos respecto a concretar una adecuada coordinación, en cumplimiento del artículo 246 de la Constitución Nacional.

Lo anterior, también fue reafirmado por los jueces asistentes al taller con el pueblo Wiwa (Gómez, 2009b) quienes reclamaron la imperiosa necesidad de continuar con el diálogo iniciado, ojala dentro de los mismos territorios indígenas, para seguir profundizando sobre esta materia, por lo tanto, la voluntad de diálogo entre las dos jurisdicciones es un insumo esencial para una eficiente coordinación interjurisdiccional.

Insumo que se vio abonado nuevamente con los operadores jurídicos asistentes al taller con el pueblo Kankuamo, quienes demostraron una amplia disposición para acceder a un conocimiento directo y a valorar lo que es el ejercicio de la Jurisdicción Kankuamo.

Por otro lado, los indígenas partícipes en este proyecto, establecieron que la aplicación de la Jurisdicción especial Indígena, ha traído importantes beneficios, como la legitimidad que se ha dado a la autonomía de sus pueblos, ya que ha fortalecido el ejercicio de su propia forma de administrar justicia (Gómez, 2009b); lo cual desde luego, es un factor preponderante para consolidar su autonomía como indígenas, ya que,

cuando las comunidades indígenas, tienen la posibilidad y ejercen su derecho de impartir justicia, acorde con sus normas y procedimientos, se fortalecen sus instituciones políticas y jurídicas, lo cual deriva en mayor independencia, autodeterminación y reafirma sus costumbres tradicionales, como elemento básico para su conservación cultural y respeto por su autogobierno.

Acorde con lo anterior, los indígenas participantes del pueblo Tule (Roldán et al, 1994), expresaron que sus autoridades gozan de independencia para el manejo de sus asuntos internos, incluyendo aquellos que tienen relación con la solución de conflictos aplicando las normas de su propio sistema de justicia, por lo cual, ello demuestra una aplicación real de la jurisdicción especial indígena y un respeto por su autodeterminación.

2. Debilidades del dialogo interjurisdiccional.

Pese a que existen muchas circunstancias que determinaron claramente, que existen fortalezas, que permiten un correcto dialogo interjurisdiccional, también se evidenció en la realización de los talleres de diagnóstico, situaciones que debilitan la coordinación entre ambas jurisdicciones.

En la región de la amazonia, existen tres asociaciones indígenas denominadas ATICOYA, ACITAM y AZCAITA., quienes para efectos de este proyecto realizaron un trabajo por Pueblos, donde escogieron mantenerse como Asociaciones y después de una concertación, aceptar que cada una de ellas, fueran responsables de emprender el trabajo sólo con un pueblo (a pesar de alojar en su seno comunidades multiétnicas, de acuerdo con su composición), los pueblos fueron Cocama, Ticuna y Yagua, del Amazonas (Romero, 2009).

Lo que se evidenció de la labor desarrollada por estas asociaciones, es que dentro de su estructura organizativa deseaban realizar la función de aplicación de justicia con los miembros adscritos a dichas asociaciones, es decir que los directivos operarían como autoridades indígenas, sin importar si los afiliados eran de los pueblos, Ticuna, Cocama Y Yagua, manifestando de igual manera, que se establecerían en sus estatutos el procedimiento judicial a aplicar, así como también las sanciones que emplearían frente a los posibles infractores.

De lo anterior, encontramos, en primer lugar, que si llevan a la práctica sus intenciones respecto a que sus directivos funjan como autoridades, con el fin de aplicar justicia, ello conllevaría a una pérdida de autonomía de sus autoridades tradicionales autóctonas, quienes necesitan reafirmarse y consolidarse como verdaderas autoridades, ya que esa es la tradición conforme a sus usos y costumbres; tradición que es la esencia de un correcto ejercicio de su jurisdicción.

Del mismo modo, los pueblos indígenas deben tener claras quiénes son sus autoridades propias, con el fin de que los miembros de su comunidad, acaten sus decisiones de manera armónica y conducente con sus usos y costumbres.

Lo expuesto es reconocido por los mismos pueblos indígenas quienes, expresaron que otra debilidad que se presenta, es que la misma gente no cree en sus gobernantes o autoridades, ya sea por qué se va desdibujando su función de aplicación de justicia, o por presentarse casos específicos de Curacas que han cometido faltas graves, existiendo paralelamente una extralimitación de poder (Romero, 2009).

De igual manera, es claro, que cada asociación tiene miembros de cada uno de los pueblos indígenas, es decir Ticuna, Cocama Y Yagua, por tal motivo, cada uno de ellos, tienen sus propias autoridades y sus propias costumbres tradicionales, por tal motivo, no es del recibo de ellos, como lo manifestaron en numerosas ocasiones en

desarrollo de los talleres realizados, que se les apliquen sanciones que no se encuentran contempladas dentro de sus tradiciones milenarias, por tal motivo, mezclar los usos y tradiciones de cada uno de los pueblos, con el fin de ser aplicadas indiscriminadamente, entre sus asociados, conlleva a una debilidad del ejercicio real de la Jurisdicción Especial Indígena, ya que no va a haber una efectiva aplicación de justicia, por desacuerdo entre sus miembros, respecto de las decisiones que se tomen, puesto que no las comparten y del mismo modo, a futuro, sus costumbres tradicionales se van a ir perdiendo paulatinamente, ya que no se practicarían, ni se realizaría una aplicación de su justicia propia, que es requisito fundamental, para la libre autodeterminación de los pueblos indígenas.

Si no se lucha por mantener y fortalecer las autoridades tradicionales propias de los pueblos indígenas, muy seguramente, todo va a conllevar en una pérdida de autoridad al interior de cada pueblo y una deslegitimación de sus instituciones, en detrimento de su autonomía y en una indebida aplicación de la Jurisdicción Especial Indígena.

Por otro lado, la idea de plasmar por escrito, en los estatutos de cada asociación, el proceso de aplicación de justicia, y las conductas susceptibles de ser sancionadas, dista de la oralidad propia de los pueblos indígenas, que es una de sus fortalezas y que se ha mantenido a lo largo de muchos años, diferenciándose del sistema de justicia occidental; por lo tanto, cada conducta desplegada por los pueblos indígenas, que no vaya encaminada al fortalecimiento de sus usos y costumbres, es una pérdida paulatina de su autonomía y por ende, un factor que merma el proceso de coordinación con el Sistema Judicial Nacional.

Acorde con lo anterior, el Pueblo Yagua del Amazonas, es consciente de las circunstancias que se han venido presentando y de la importancia de fortalecer sus usos y costumbres, ya que manifestaron que frente a la Jurisdicción Especial indígena,

afrontan problemas complejos que debilitan su fortalecimiento, como por ejemplo, la pérdida de la lengua autóctona, las distintas religiones que profesan los indígenas, la educación que se imparte que no es en lengua nativa, la estigmatización de la medicina tradicional y las diferencias existentes entre las tres organizaciones indígenas de la zona, ATICOYA, ASCAITA y ACITAM, (Romero, 2009) reafirmando la importancia de fortalecer sus usos y costumbres, como elemento esencial para dar aplicación al artículo 246 de la Constitución Nacional.

La idea de algunos pueblos indígenas del Amazonas, respecto a cambiar sus usos y costumbres y de variar su sistema oral de justicia, con el fin de plasmarlo en escrito, es una debilidad que también se hizo evidente en el taller desarrollado por el pueblo Bora (Romero y Rueda, 2009), donde expresaron que:

“Avanzar en medio de las dos culturas, como ciudadanos y como indígenas. Eso de redactar nuestras leyes de origen, lo necesitamos para unas aprobaciones jurídicas. Debemos avanzar en ese sentido, porque tenemos la voluntad para llegar allá. Eso es muy bueno. No es una molestia para nosotros, sino que tenemos que hacer un proceso para llegar allá (...) A estas alturas, tenemos que evolucionar, de un derecho consuetudinario, a un derecho positivo, para poder de tú a tú, dialogar con el otro sistema. Tenemos que avanzar en ese escenario (...) El derecho romano, el griego, tuvo esa fase. Lo que venimos construyendo es lógico; debemos tomar elementos no exclusivamente nuestros, como sucedió en la Constitución colombiana, que tomó párrafos enteros de la Constitución francesa. Los líderes no estamos rompiendo esquemas de manera drástica. El pueblo Bora es un pueblo joven, desgraciadamente nuestros ancianos se han ido prematuramente, por la falta de atención en salud. [Hacer un código escrito] para los ancianos no es una molestia, menos para la comunidad actual, sin menoscabo de nuestra cultura”.

Por lo tanto, la coordinación interjurisdiccional debe propender por fortalecer las costumbres, normas y procedimientos de los pueblos indígenas, sin que se trate de asimilar por parte de los indígenas, su sistema de justicia con el de occidente, puesto que ello, distanciaría la esencia del pluralismo jurídico, existente en nuestro país.

Por lo anterior, es importante que lo que los indígenas consideran como una debilidad, es decir, que sus sistema de justicia oral es obsoleto, reconsideren sus posiciones y comprendan que esa una de sus principales fortalezas.

En otro orden de ideas, el taller realizado en el Municipio de Sibundoy Putumayo, evidenció ciertas debilidades en el ejercicio real de la Jurisdicción Especial Indígena, por ejemplo, la percepción que tienen algunos de los operadores jurídicos, respecto a los asuntos que puede resolver el pueblo Camentsa, frente a lo cual manifestaron que las autoridades indígenas pueden resolver asuntos menores acorde con lo que decidan las comunidades, una vez concreten su procedimiento y normativa interna (Gómez, 2009).

Frente a lo anterior, es claro, que todavía existe una subestimación por parte de los operadores jurídicos, respecto del sistema de justicia propio de los pueblos indígenas, ya que persiste aún la mentalidad, de que los pueblos indígenas no tienen la capacidad suficiente para poder resolver asuntos de mayor trascendencia, teniendo la posibilidad exclusivamente de resolver asuntos de menor importancia, por lo cual, es indispensable empezar a cambiar la perspectiva existente, ya que la Constitución Nacional, no limita a las autoridades indígenas la posibilidad de resolver cualquier tipo de asuntos, sin importar la magnitud del mismo.

De igual manera, en Sibundoy (Putumayo), se evidenciaron casos extremos, como el que se acaba de mencionar, respecto a la perspectiva de que los miembros del pueblo, resolvieran solo asuntos menores, o por el contrario, el caso de un Fiscal, que tomo la actitud, de remitir absolutamente todos los asuntos penales a las autoridades del pueblo

Camëntsá, en razón a un fallo de tutela que determinó la competencia del pueblo, frente a un caso determinado.

Lo expuesto, bajo ninguna circunstancia ayuda al proceso de coordinación entre ambas jurisdicciones, ya que lo que determina el artículo 246 de la Constitución Nacional, es la posibilidad que tienen las autoridades indígenas de conocer los asuntos que estimen apropiados, convenientes y conforme a sus usos y costumbres, pues precisamente en dicho artículo, se establece la palabra podrán, de carácter potestativo, por lo tanto saturar a las comunidades indígenas con procesos penales, sin que medie el consentimiento de los pueblos indígenas, es un quebrantamiento de su autonomía y de su libre autodeterminación.

Por lo anterior, debe existir un punto de equilibrio, donde se comprenda que las comunidades indígenas, tienen la capacidad de conocer todo tipo de asuntos, siempre y cuando, sus autoridades quieran hacerlo y del mismo modo, que acorde con sus normas y procedimientos, tienen la capacidad de resolver cualquier tipo de asuntos, sin importar si son o no, de mayor trascendencia., por lo tanto es primordial, que empiece a cambiar la mentalidad de algunos operadores judiciales y no se subestime el sistema de justicia propio.

Otra debilidad, es la que se puso de presente, en el taller desarrollado con el pueblo Wiwa, (Gómez, 2009b) en la cual se determinó, que las dificultades que ha experimentado dicho pueblo, con las autoridades de orden estatal, se basan principalmente en el campo de la comunicación, debido al desconocimiento que existe del sistema de justicia propia de los Wiwa, de sus autoridades tradicionales y de sus procedimientos y de igual manera el desconocimiento respecto a la justicia que se imparte desde el sistema judicial nacional.

Es importante tener presente, que para que surja una debida coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el sistema judicial nacional, es primordial, un conocimiento mutuo de ambas jurisdicciones, donde los operadores judiciales tengan claras quienes son las autoridades indígenas y como se desarrolla su sistema de justicia propia, con el fin de que puedan asimilar de una mejor manera, cómo opera realmente el ejercicio de Jurisdicción indígena y no usurpar su competencia para administrar justicia, donde se concrete una coordinación entre ambas, para una adecuada reducción de la impunidad.

Lo anterior tiene directa relación con La expresión *tan cercanos pero tan lejos* pronunciada por La Dra Rosario Villalobos Juez de Menores durante el taller realizado los días 10 y 11 de marzo con los kankuamo y la explicación pasmada en el informe de diagnóstico del pueblo Wiwa, donde se determinó que:

“...La expresión *tan cercanos pero tan lejos*, bien puede extrapolarse para caracterizar el tipo de relación que ha existido entre la jurisdicción Wiwa y la jurisdicción ordinaria. Cercanía por cuanto la presencia de los indígenas de la región, entre ellos los wiwa, se hace presente en las calles de Valledupar y de las cabeceras municipales del Departamento del Cesar, la Guajira y otros departamentos, además porque no obstante esa cercanía existen prevenciones interculturales que impiden iniciar una conversación tan natural como cualquier otra. Lejanos por varias razones: a) porque la sociedad en general, y los operadores jurídicos en particular, desconocían hasta antes del conversatorio como es la cultura, forma de organización política, estructura de autoridades de gobierno, los territorios y concepciones territoriales wiwa; b) porque no son muchos los casos de procesos contra indígenas que llegan a la justicia ordinaria; los poco que se presentan son en su mayoría relacionados con derechos de familia - inasistencia de alimentos, abandono, maltrato familiar y paternidad- c) porque en la

formación jurídica impartida por las universidades se carece de cursos atinentes a la materia; ausencia indicativa del poco valor atribuido al conocimiento y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural existente en Colombia; d) porque a diferencia de las normas jurídicas que son escritas las normas indígenas son predominantemente orales y están inscritas en los usos y costumbres y por tanto tienen una circulación restringida al ámbito de cada grupo indígena e) porque el conjunto de los anteriores aspectos ha incidido en la falta de una relación intercultural e interjurisdiccional fluida y por consiguiente en la reproducción de estereotipos y estigmatizaciones históricamente existentes frente a los indígenas. f) porque estas distancias se acrecientan cuando a los estrados judiciales llegan casos contra indígenas y ante ese desconocimiento los operadores jurídicos proceden, justificadamente, a aplicar de manera descontextualizada exclusivamente lo dicho en el artículo de 246 de la Constitución Política sin mayor alusión a los desarrollos jurisprudenciales existentes sobre la materia....”

Acorde con lo expuesto es claro, que el conocimiento de ambas jurisdicciones es primordial, para concretar un correcto dialogo interjurisdiccional y porque el cambio debe venir desde la concepción cultural existente en occidente.

El pueblo Yanacona (Gómez, 2009^a) también evidenció la debilidad más fuerte entre ambas jurisdicciones, acorde con lo dicho anteriormente, al establecer que falta conocimiento de las leyes indígenas por parte de los jueces y capacitación para mejorar el conocimiento en legislación indígena.

Los operadores jurídicos asistentes al taller con los Yanaconas, manifestaron expresamente que su desconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena en razón a la poca afluencia de procesos jurídicos para su conocimiento, por tanto manifestaron que todo el tema indígena para ellos era algo totalmente novedoso y exótico y que en razón

al taller que se estaba desarrollando estaban empezando a conocer del ejercicio de la JEI.

Los operadores jurídicos asistentes al taller con el pueblo Muinane, manifestaron respecto al conocimiento de las autoridades indígenas del pueblo Muinane (Romero y Rueda, 2009), que no tenían mucha claridad respecto a las mismas ni sabían concretamente como estaban conformadas, ni tampoco sabían cómo eran sus funciones jurisdiccionales generales,

Por lo anterior, la principal debilidad en el proceso de coordinación radica principalmente en el poco conocimiento que existe entre ambas jurisdicciones y en especial, de los operadores jurídicos respecto a los usos y costumbres de las comunidades indígenas.

Otra debilidad que surgió de los talleres de diagnóstico, radica en la aplicación de las leyes y su choque con principios culturales de las comunidades indígenas, pues a pesar de ser un hecho notorio, es claro que tiene gran trascendencia en el plano práctico y que amerita un análisis profundo, es así como, el pueblo Bora (Romero y Rueda, 2009) del Amazonas manifestó:

“Los principales problemas que tenemos frente a la ley provienen de la diferencia cultural, por lo que algunas leyes generales son completamente incompatibles con nuestras leyes de vida; por ejemplo, para el pueblo Bora y todas las culturas del tabaco, la coca y yuca dulce, el alcohol es un elemento nocivo, condenado por sus efectos contrarios a la verdad y la vida poniendo en grave riesgo a la persona en su dimensión espiritual y biológica, por lo cual debe ser neutralizado como reza en la mitología. Lo anterior es el punto de controversia. Las leyes del pueblo Bora que protegen la vida, condenan este elemento, mientras que la ley del blanco permite, mediante su comercialización, el uso y abuso de este elemento muy a pesar de conocer sus efectos y

consecuencias malévolas. En este estado de incertidumbre, algunos de los mismos indígenas también comercializan este veneno, al igual que los comerciantes blancos que ingresan al territorio el licor, cuyas víctimas son principalmente jóvenes y menores de edad que usan y abusan del alcohol, o mejor, el alcohol abusa de ellos, causando la desdicha de las familias y dejando hasta ahora un saldo lamentable de pérdida de vidas y derramamiento de sangre hermana, que (es) el delito más grave en el Pueblo Bora.

Otro de los problemas es la erradicación de la planta sagrada, con lo cual el gobierno atenta contra la vida cultural del pueblo Bora, a causa de una actividad y forma ilícita de consumo, que no lo hace el indígena, sino el blanco, en su afán de deshumanizarse; esa forma de uso no se encuentra en ninguna parte de la mitología Bora, por lo tanto, es la forma de producir el elemento la que se debe erradicar, no la planta”.

Acorde con lo anterior, las comunidades indígenas, deben tener la potestad de racionalizar el consumo de licor dentro de sus territorios, como una forma de ejercer su propia autonomía, por lo tanto, debe existir un respeto por parte de occidente por este tipo de decisiones.

Otra debilidad que se demostró en los talleres realizados, es que aún en algunas comunidades indígenas, se deben remitir algunos casos de gran importancia, a la justicia ordinaria, por falta de una mejor organización interna y un actuar más eficiente de las autoridades tradicionales, que se concrete en acciones más drásticas y efectivas en contra de los infractores; es el caso del pueblo Tule (Roldán et al., 2004), quienes manifestaron:

“...en el Taller el caso de extrema gravedad de un maestro Tule de la escuela de Caimán que, según los informes, habría cometido reiterados casos de abuso sexual con niñas de la escuela donde tenía plaza como maestro. A falta de una acción enérgica y oportuna de las autoridades internas de la Comunidad (cuyo Saila mayor al parecer

era amigo del infractor), las familias de las niñas afectadas, habrían acudido a la justicia ordinaria para que se investigaran y sancionaran los hechos punibles. Se hizo conocer a los participantes del Taller que, al parecer, el juicio no ha corrido con la mejor suerte y que al maestro acusado de los hechos se le aceptó la renuncia y que contra él no se ha dictado aún ninguna medida ni se le ha llamado a indagatoria y que salió de la comunidad, sin que se tenga noticia actual cierta sobre su paradero.

El caso resulta grave y digno de estudio y reflexión, no sólo por la naturaleza de los hechos imputables al maestro, sino por la aparente o real desidia de las autoridades internas para asumir la investigación de los hechos, para imponer las sanciones del caso y para tomar las medidas que impidieran la ocurrencia de hechos semejantes. Estuvo claro para los participantes en el Taller de Necoclí que un esfuerzo realizado por las autoridades internas de la comunidad, no podría estar aislado del aporte y el apoyo de las autoridades jurisdiccionales nacionales, con el fin de construir conjuntamente un modelo de atención jurisdiccional que impidiera la posibilidad de que hechos semejantes pudieran quedar impunes....”

El caso anterior, pone en evidencia del mismo modo, el hecho de que el proceso de coordinación entre ambas jurisdicciones, es un proceso de ayuda y colaboración mutua, donde se acompañe y colabore a los pueblos indígenas, en su aplicación de justicia, ya que la idea no es dejarlos solos frente al acontecer de sucesos graves y más aún, donde puedan verse involucrados menores de edad, ya que la diferencia sustancial, es que el sistema judicial nacional, cuenta con toda la infraestructura necesaria para la aplicación de justicia, además de contar con el elemento coercitivo que permite hacer cumplir las leyes; por lo tanto, es importante que exista una colaboración entre ambas jurisdicciones, que derive en conductas concertadas, encaminadas a la reducción

efectiva de la impunidad., conclusión a la que se llegó igualmente en el taller de diagnóstico del pueblo Tule (Roldán et al., 2004), al determinarse que:

“...la exigencia fundamental es la de presencia y acción de los organismos del Estado para responder por el cumplimiento de funciones que, por no haberse cumplido oportunamente, han dado ocasión a los problemas que se presentan en la actualidad. En este sentido cabría apuntar, como una reflexión general, que en la atención de los conflictos y problemas de las comunidades indígenas Tule con agentes externos (del Gobierno o privados), la exigencia fundamental es la de una estrecha cooperación entre las autoridades indígenas y la entidad o las entidades públicas que tienen la responsabilidad de intervenir en cada caso...”

Otra de las debilidades que se comprobaron durante los talleres de diagnóstico, tiene que ver con la falta de control y sanción por parte de las autoridades tradicionales de los pueblos del Amazonas y en especial frente a la conducta de violencia sexual y física de algunos de sus miembros respecto a las mujeres de su entorno familiar, ya que durante el almuerzo con mujeres, que se llevó a cabo en la Chorrera (Amazonas)⁸¹, se expusieron casos preocupantes, que ameritan acciones drásticas por parte de sus autoridades tradicionales y de la misma comunidad, algunos apartes de lo manifestado fue:

“...Para comenzar, las mujeres indicaron que sus culturas son patriarcales, y por tanto, no les permiten a las mujeres la participación real. Se lamentaron de que el componente de “yuca dulce”, que alude a las mujeres indígenas de esa zona, sea solamente declarativo, porque a la hora de tomar las decisiones, no las consideran.

(...)

⁸¹ Informe del almuerzo de trabajo con mujeres indígenas. La Chorrera (Amazonas) 7 febrero de 2008. Amanda Romero.

Los testimonios más desgarradores sobre la situación de violencia sexual provinieron de la enfermera del puesto de salud, de la etnia Bora, quien es a la vez hermana de uno de los líderes ancianos de ese pueblo, y por tanto, ha ganado la posibilidad de hablar y asistir a reuniones “así nadie me invite, yo me meto y participo”.

Comentó un caso de una mujer cuyo marido la violaba, amarrándola en el suelo con las piernas y los brazos abiertos en cruz. Apenas hace unas semanas atrás, ella estaba embarazada y el marido la abusó de nuevo. Ella le narró a la enfermera que desde ese momento, sintió un dolor muy fuerte y perdió su criatura; que ella misma se había sacado el feto muerto, pero tenía miedo que su placenta siguiera adentro...

Posteriormente, comentó sobre otro caso, de una niña de 18 años, que sufre un retraso en el lenguaje, que no había vivido en la comunidad durante muchos años, porque su padre se la llevó fuera del resguardo. Cuando regresó estaba en embarazo, y no se sabe de qué forma, la llevaron al hospital con la criatura muerta, y su Estado de salud era delicado, porque requería un manejo más complejo, que el médico rural no está autorizado a hacer (la delegación de la Rama Judicial y de la Universidad del Rosario habían visitado en efecto el puesto de salud y pudieron ver a la niña allí, en espera de una orden de remisión a Leticia). La enfermera dejó abierta la posibilidad de que se hubiera tratado de un caso de incesto, que ocurre ocasionalmente en estas comunidades.

Durante el almuerzo, se comentó también un caso que ocurrió durante la semana en que estaba teniendo lugar el taller, cuando una mujer fue brutalmente golpeada por su pareja, y alguien pedía ayuda de los militares que prestan seguridad al poblado, sin hallar respuesta. En esas circunstancias, la abogada de CODEBA intervino, separándolos finalmente, y comentó en esta reunión después que, lamentablemente, las personas de la comunidad piensan que nadie debe intervenir en casos de violencia

conyugal. El hombre involucrado en el caso participó durante el taller pero no hizo alusión alguna a este tema, ni se supo que hubiese sido sancionado por nadie....”

Como corolario de lo expuesto, es necesario que las comunidades indígenas del Amazonas, se concienticen del papel de la mujer, en su entorno y que las autoridades tradicionales, no se muestren permisivas frente a conductas totalmente reprochables; por lo cual es imperativo que realicen un control más drástico sobre los miembros de su comunidad, ya que de lo contrario, la justicia occidental tendría que actuar activamente frente a la comisión de hechos punibles, asumiendo su competencia y juzgando a los infractores indígenas y el ideal es que las propias comunidades ejerzan su propio control y sanción sobre las conductas desplegadas por los miembros de su comunidad, con la colaboración y apoyo del Estado, ya que son muchos los flancos que requieren atención por parte de los organismos gubernamentales.

3. Retos y oportunidades.

En primer lugar, es importante tomar en cuenta que la coordinación efectiva entre dos sistemas de justicia, que encuentran su fundamento directo en concepciones culturales abiertamente diferentes, determina un grado importante de complejidad para el análisis de los mismos, y se constituye a su vez, en el reto fundamental, así como en la oportunidad capital, para lograr que el ejercicio de aplicación de justicia sea armónico, entendido en la convivencia razonable entre sus diferentes actores.

En este orden de ideas, el panorama que representa los retos y las oportunidades de la actuación coordinada entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena, deviene signado por una serie de inquietudes, tanto de los operadores judiciales –magistrados y jueces principalmente- así como de las autoridades y representantes de la JEI, y que surgieron en desarrollo de los diferentes talleres de

diagnóstico que se realizaron en el proyecto analizado, cuyo centro temático radica en su mayoría en el tema de los puentes de comunicación que deben existir, de manera que el mayor reto, y la mayor oportunidad, para lograr la efectiva coordinación de sistemas judiciales se traduce, *prima facie*, en la necesidad urgente de continuar, fortalecer y dar un carácter de permanencia a las actividades de comunicación y ejercicio dialógico entre sus representantes, y por tanto, propiciar una cultura real de acercamiento o aproximación entre dos culturas diferentes.

Al tratarse de dos sistemas culturales con cosmovisiones, y forma de entender su componente social e individual, con marcadas contradicciones, define el intento de la coordinación como un imperativo, al encontrarse frente a un escenario de obligatoria convivencia civil, razón por la cual, las reglas que determinen este mutuo entendimiento deben transitar necesariamente por la vía de un diálogo efectivo y real, pues únicamente a través de un proceso de intercambio de ideas, de aproximaciones mutuas y de conocimiento compartido, será posible concebir un sistema judicial que represente en su verdadera dimensión una idea de justicia que respete y defienda tanto la visión y fundamentos del Sistema Judicial Nacional como la de la Jurisdicción Especial Indígena.

Ahora bien, para entrar en materia, el diálogo que se inició entre los operadores jurídicos del SNJ y la JEI, enseñó que existen diferentes retos y oportunidades en lo que refiere a la coordinación en la administración de justicia, y en este sentido, es posible determinar causas tanto externas u objetivas, como también causas internas o subjetivas, que motivarían una visión futura de efectivo pluralismo jurídico y diversidad cultural en nuestro País. Estas causas encuentran su fundamento en diferentes argumentos y hechos importantes, tales como la identidad cultural, el respeto a la autodeterminación de los

pueblos indígenas y la necesidad de ampliar el conocimiento de los diferentes modos de administrar justicia.

Las causas objetivas o externas que denotan los retos y oportunidades de la efectiva coordinación entre el sistema nacional judicial y la jurisdicción especial indígena, indican la dificultad de la aplicación del derecho y la coordinación entre los dos sistemas de justicia en tanto que ninguno de los actores tiene conocimiento del funcionamiento del sistema de aplicación de justicia del “otro” operador judicial, es decir, llama la atención sobre el desconocimiento y lejanía existente entre los dos sistemas jurídicos, para el efecto es importante reparar en las manifestaciones del pueblo WIWA:

“La coordinación entre las dos jurisdicciones debe ir más allá de delimitar las competencias de una y otra, algo por demás ya establecido jurídicamente en sus lineamientos más generales. Se trata en cambio de construirla retomando las palabras del autodiagnóstico desarrollado por el pueblo Wiwa: “Para el pueblo Wiwa, lo fundamental para que se de realmente una coordinación entre autoridades indígenas y no indígenas consiste en propiciar un primer acercamiento de diálogo, que permita identificar cuáles son las acciones que deben emprenderse de manera concertada entre las dos partes

Aplicación de la jurisdicción especial indígena por las autoridades del pueblo Wiwa.
Para el pueblo Wiwa, la jurisdicción especial indígena es uno de los derechos que se ha intentado aplicar en casos puntuales, en particular frente a hechos relacionados con sus miembros que son del conocimiento de la justicia ordinaria, el mayor interés es que las autoridades propias asuman su función de juzgar todos los asuntos. Cuando han ocurrido situaciones en las que se ha cometido homicidio las autoridades tradicionales toman la decisión de internarlo para que se forme con base en la ley de origen.

...

Solicitudes presentadas por autoridades indígenas Wiwa a las autoridades no indígenas. Algunas solicitudes presentadas por las autoridades del pueblo Wiwa ante las autoridades no indígenas (justicia ordinaria) están relacionadas con casos de maltrato infantil, violencia intrafamiliar o abuso sexual, cuyo conocimiento ha sido abordado por la justicia ordinaria. La petición que se ha hecho es que se traslade el asunto para el conocimiento de la justicia interna, con el fin de que sea ésta la que juzgue a los quienes hayan cometido esos delitos.

Para las autoridades Wiwa las soluciones por parte de algunas autoridades estatales, específicamente la fuerza pública no ha sido positiva y prácticamente no han obtenido solución cuando han solicitado específicamente dejar en libertad a algunas personas Wiwa que han sido retenidas arbitrariamente por miembros de la fuerza pública. Para el pueblo Wiwa, una de las instituciones en las que ha encontrado apoyo para resolver algunos casos denunciados es la Defensoría del Pueblo, entidad que ha buscado el acercamiento de las partes en conflicto y ha realizado mediaciones que han contribuido a la solución parcial de dichos casos.

Asimismo, para mejorar y contribuir como pueblo Wiwa es necesario reforzar a nivel interno, los cimientos de su cultura y de su sistema de justicia de manera más amplia, dado que ello les garantizará el cumplimiento de la ley de origen.

Los operadores jurídicos reconocen que por primera vez tienen la oportunidad de dialogar para conocer internamente el ejercicio de la Jurisdicción wiwa. Por esta razón, y una vez escuchado lo expuesto por los wiwa sobre sus concepciones de justicia, su autoridades, sus normas procedimientos y sanciones y sus concepciones territoriales, reclamaron la imperiosa necesidad de continuar con el dialogo iniciado, ojala dentro de los territorios indígenas, para seguir profundizando sobre la materia, y

en especial sobre otros asuntos relacionados con el derecho administrativo, civil, laboral, ambiental, etc; además, iniciar un trabajo de reflexión conjunta sobre asuntos más complejos que por su naturaleza pueden ser objeto de colisión de competencias o que requieren incluso un tratamiento aun no previsto en las normas existentes. Simultáneamente enfatizaron sobre la importancia de comenzar a construir.

Con base en todo lo presentemente expresado queda claro que la coordinación entre las dos jurisdicciones debe ir más allá de delimitar las competencias de una y otra, algo por demás ya establecido jurídicamente en sus lineamientos más generales. Se trata en cambio de construirla retomando las palabras del autodiagnóstico desarrollado por el pueblo Wiwa: “Para el pueblo Wiwa, lo fundamental para que se de realmente una coordinación entre autoridades indígenas y no indígenas consiste en propiciar un primer acercamiento de diálogo, que permita identificar cuáles son las acciones que deben emprenderse de manera concertada entre las dos partes”. O como lo expresó en la apertura del taller el Cabildo Gobernador Wiwa, Alberto Chimosquero, para coordinar “iniciamos este conversatorio y que todos debemos ir de la mano”. Otros asistentes plantearon como expectativas del encuentro que se trataba de “Conversar y ver cómo podemos llegar a unos acuerdos”... “ver cómo podemos conversar y entendernos” ... “Intercambiar ideas y aprender Lograr mayor confianza en la relación entre los jueces y las autoridades del pueblo Wiwa”..... “Interés en que haya cambios y un aprendizaje mutuo, podernos beneficiarnos en un marco de respeto y el Intercambio de saberes”. Quien redacta este texto augura que en los futuros encuentros sea posible cambiar la expresión, próximos pero distantes, por la de, tan prójimos como distintos. Expresión que debe ser un principio guía para la construcción del debido proceso intercultural e interjurisdiccional aún inexistente en Colombia y en el mundo.

► Conocer por escrito y de manera oficial la estructura de autoridades wiwa para efectos de coordinación.

► Información sobre a quién dirigirse para los asuntos de coordinación. Casa Indígena Oficina Wiwa. Avenida Hurtado. Teléfono fax _____ mail_____. Debe remitirse una comunicación oficial al Consejo Seccional de la Judicatura- Sala Administrativa, con la solicitud de que sea distribuida entre todos los jueces y los fundamentos de estas propuestas. Se sugiere que incluya los datos de las cuatro etnias. Debe determinarse un sistema de comunicación entre las autoridades judiciales y las autoridades indígenas.

Invitar a la Fiscalía, Fuerzas Militares, Policía, ICBF, Secretaría de Gobierno, Defensoría del Pueblo, para tener procesos de acercamiento y formación sobre JEI. Este espacio debe ampliarse a otros funcionarios para que exista una coordinación efectiva. Se observa la necesidad de construir canales directos de comunicación en este tema. Se destaca el papel del Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio del Interior para impulsar esta propuesta

Una forma de garantizar los derechos es el auto-reconocimiento. Debe igualmente hacerse comunicación con las autoridades del pueblo al cual pertenece.

Hay soldados y policías que no tienen conocimiento de derechos humanos, si no lo tienen cometen atropellos.

Se sugiere hacer un ejercicio sobre como ejercen autoridad en el pueblo Wiwa y en el sistema judicial.

Cabildo Gobernador: “Toca sentarnos a conversar frente a frente autoridad occidental, autoridad tradicional. Antes no existían tantos conflictos y hay que arreglar el problema y solucionar.” (Gómez, 2009b) (Subraya fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, es necesario reconocer que las demandas de los diferentes pueblos indígenas encuentran un punto importante de coincidencia, que radica precisamente en la necesidad del diálogo entre culturas con el objeto de avanzar hacia la coordinación en la administración de justicia, y es claro que existen limitantes propias que solo pueden ser superadas a través de un dialogo franco entre las partes, pues es claro que el desconocimiento de sus sistemas de administración de justicia es generalizado:

“En términos generales los jueces y magistrados asistentes al taller expresaron su desconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena en razón a la poca afluencia de procesos jurídicos para su conocimiento, por tanto manifestaron que todo el tema indígena para ellos era algo totalmente novedoso y exótico y que en razón al taller que se estaba desarrollando estaban empezando a conocer del ejercicio de la JEI

...

Consideraron de suma importancia mover las barreras del conocimiento con el fin de que haya un proceso de diálogo, estudio y concertación entre las dos jurisdicciones y por lo tanto debe haber otros espacios de acercamiento.” (Gómez, 2009^a).

Únicamente a través del diálogo intercultural es posible evidenciar y superar la diferencia de concepciones de justicia y de cosmovisiones, pues siendo ésta la primera oportunidad de acercamiento es posible notar que los conceptos de identidad, autonomía, interlegalidad, multiculturalismo y pluralismo jurídico son elementos de vital importancia para la coordinación entre estos sistemas, razón por la cual deben contemplarse sus diferencias y asumirlas en términos reales, en este sentido, el desconocimiento de la cultura propia de los pueblos indígenas, y éstos de la cultura occidental, evidencia una serie de elementos que necesariamente deben ser tomados en cuenta para lograr una coordinación efectiva.

Así pues, los encuentros realizados con las comunidades indígenas llaman la atención sobre la necesidad de establecer espacios donde la discusión, el intercambio de conocimientos y de experiencias posibiliten un consenso sobre temas capitales de la administración de justicia, de manera que éste hecho se concibe como el mayor reto para el logro de la coordinación entre el SJN y la JEI.

Es importante resaltar que los operadores judiciales y las comunidades indígenas demostraron en general su interés en profundizar este tipo de experiencias, para de esta manera lograr un espacio propositivo, así por ejemplo el pueblo YANACONA se manifestó en los siguientes términos:

“La coordinación es entendida por los Yanacona como el “objeto de la práctica pedagógica: jueces y autoridades Indígenas deben coordinar respetando la identidad de los pueblos la interculturalidad, para lo que se requiere del Diálogo entre varias culturas y la tradición porque es necesario promover, desarrollar y hacer tradición para coordinar, mejor dicho, desarrollar una Cultura de la Coordinación”. (Informe de los recorridos). Al respecto proponen:

- *Concertar mas en el dialogo con los jueces y autoridades del Estado.*
- *Coordinar casos y exigir que haya cumplimiento de parte de las autoridades indígenas al SJN.*
- *Que haya capacitación de las autoridades tradicionales en el SJN y a los Jueces en el JEI.*
- *Capacitar a las comunidades para fortalecer las organizaciones indígenas.*
- *Cumplimiento en las asambleas para que conozcan el proceso.*
- *Crear espacios para la formación académica.*
- *Ser más equitativo por parte de los gobernadores*
- *Capacitación para formalización de cultura tradicional.*

- *Organización y voluntad por parte de la comunidad.*
- *Que los recursos de cultura no se desvíen*
- *Que se gestionen recursos con las instituciones, Municipales, Departamentales y Nacionales para adquisición de materiales para el fortalecimiento de la cultura.”*
(Gómez, 2009b).

De ésta manera, las causas objetivas, que se configuran como retos para el logro de una efectiva coordinación entre estos dos sistemas de administración de justicia, pueden sintetizarse en la necesidad de implementar obligatoriamente la organización de los medios necesarios que permitan un acercamiento intercultural, y por tanto un ejercicio dialógico entre sus actores directos, a través del cual se logre la construcción de consensos, cuya significación no traduzca la aplicación de un pluralismo jurídico aditivo sino igualitario, es decir, un pluralismo jurídico que reconozca de forma real la diferencia de concepciones de justicia y de vida, sin que ello implique caer en falsos argumentos de disgregación o separatismo.

Así las cosas, si se hace una lectura integral de los talleres de diagnóstico realizados en el desarrollo del proyecto “Extensión de la coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)”, es posible advertir que las aquí denominadas causas objetivas de los retos que determinan ésta coordinación, radican en la necesidad de articulación de dos culturas diferentes en términos de igualdad, articulación que solo es posible a través del ejercicio de intercambio de ideas, de percepciones y concepciones de vida y de cosmovisión, y cuya necesidad ha sido ya refrendada y reclamada por los diferentes actores, lo cual significa que el reto es implementar una política pública, que como herramienta, facilite términos claros de entendimiento entre las comunidades indígenas y la sociedad colombiana, y particularmente en lo que refiere a la administración de justicia.

Como consecuencia directa del reconocimiento de éste reto, con base en estas causas objetivas que lo fundamentan, es que se percibe de forma clara que de lograr una efectiva comunicación intercultural y dialógica entre nuestras culturas se encontraría una oportunidad de gran importancia para generar las condiciones necesarias para lograr un nuevo pacto político entre el Estado y los pueblos indígenas, acorde a las últimas tendencias internacionales en la materia, y concretar en términos específicos una pauta más de aplicación real del pluralismo jurídico, reconocido constitucionalmente, así como de la multidiversidad cultural.

Lo anterior es así, si tomamos en cuenta que estos espacios de aproximación a las prácticas sociales y culturales de las comunidades indígenas han sido muy reducidos y casi nulos en algunas cosas, sin embargo, la demanda es la misma: la necesidad de crear y darle continuidad a estrategias que permitan un conocimiento mutuo del SJN y la JEI, sin perder de vista que ésta última se configura por un derecho propio que varía dependiendo de la comunidad que se trate, en este caso el pueblo Ticuna, en el taller de diagnóstico de los pueblos de Leticia manifestó:

“Sobre este asunto se anota que no hay ningún tipo de interlocución entre los pueblos del trapezio con la justicia ordinaria. El Taller de noviembre fue la primera ocasión para que se reconocieran los dos tipos de ordenamiento.

Para ello si los pueblos lo consideran conveniente podría hacerse llegar a los jueces, y fiscales de Leticia los Reglamentos Internos que poseen, o notificarles que aun cuando fuera de forma oral de afirmara la existencia de procedimientos. Consideramos que ese primer paso podría ser parte de los productos de este proyecto, por ejemplo la firma de un protocolo local. Existe un antecedente en el Chocó, y me imagino en otros lados.

Se podrían llegar incluso a protocolos simples como el propuesto acerca de que intérpretes indígenas hicieran parte de la lista de Auxiliares de la Justicia.

También se podrían sistematizar los casos en que si opera, cómo se hace esta coordinación, basados en los casos que pudieran aportar el Juez de Puerto Nariño o el Inspector de Policía del mismo poblado, o el de Santa Sofía.

b. Realizar un acercamiento entre autoridades indígenas (chamanes, médicos, brujos) con Curacas

Acá el tema sería discutir cuándo y por qué se presentan y con qué frecuencia, criterios disímiles con “autoridades modernas”, Curacas o Gobernadores; cuando prevalece la moderna, y en qué casos de la justicia originaria.

c. Permanencia de un proceso de coordinación que se mantenga en el territorio

Dado que las ocasiones de encuentro son tres a nivel de las regiones se sugiere que se refleje en la metodología un paso intermedio entre los talleres. Es decirse se propone que se realice:

- Un seguimiento sobre casos más frecuentes*
- Procedimiento para sanciones*
- Formas posibles y mínimas de articulación*
- Encuentros locales entre Autoridades indígenas y jueces y fiscales*
- Se establezca momentos anuales o semestrales permanentes que realicen un seguimiento a los acuerdos después de que estos se adopten o firmen.” (Romero, 2009).*

Es necesario abordar, las llamadas causas subjetivas o de carácter interno, que como bien lo señalan las comunidades indígenas, se refiere de manera directa a la necesidad de fortalecer su sistema de derecho propio con base en su identidad indígena:

“El primer elemento es de carácter particular- situacional atinente a que el fortalecimiento de la jurisdicción de cada pueblo es un factor y criterio autónomo que compromete, fundamentalmente, a sus Autoridades (ancestrales, de gobierno, organizativas), a la comunidad en general y a quienes participan o lideran sus procesos organizativos y políticos que denominan de lucha y resistencia. Este criterio no sólo fue ratificado, sino reivindicado por los representantes de los pueblos participantes en el Encuentro Nacional de Experiencias de Jurisdicción Especial Indígena, realizado en Bogotá el 11 y 12 de septiembre de 2007

El segundo aspecto es de carácter más general y amplio pero inherente o ligado al primero y apunta a que el fortalecimiento de la Jurisdicción Indígena demanda que la intervención de la Jurisdicción Ordinaria no vaya en contravía del ejercicio de la autonomía de cada pueblo ni de su fortalecimiento incluso en los casos en que ésta por diversas y complejas razones locales- especiales se encuentre debilitada. Ha de ser así por dos razones: a) porque el reconocimiento de la JEI no está supeditado, jurídicamente, por su situación de fortaleza o debilidad (elemento por demás subjetivo) sino por la existencia o no de la misma; existencia que se reconoce cuando se dan los factores que la definen, es decir, existencia de autoridades indígenas, de normas, procedimientos y sanciones –según usos y costumbres- y de un territorio, entendido éste conforme a la concepción territorial indígena de cada pueblo; b) porque la inexistencia, hasta el presente, de una ley de reglamentación de coordinación entre las dos jurisdicciones no es óbice para que se generen procesos, que ajustados a la ley, la posibiliten de hecho. Procesos que simultáneamente deben orientarse tanto al fortalecimiento de la Jurisdicción de todos y de cada uno de los pueblos como a garantizar la coordinación cada vez que la situación lo requiera.” (Gómez, 2009)

(Subraya fuera de texto)

Este es un elemento vital para entender la dimensión de lo que implica una coordinación de estos sistemas judiciales, máxime cuando ha sido desde el proceso de colonización que su derecho propio, su cultura, su escala de valores y de ordenación social fueron penetrados e intervenidos por los colonizadores, y posteriormente con el contacto, concepción y forma de relacionarse del “mundo de occidente” con las comunidades indígenas, hecho que determinó de forma directa una afectación en su manera de administrar justicia y de ejercer su régimen de autoridad, que usualmente es cívico-religiosa, es decir, que todo el proceso de intervención de pueblos extraños sobre los pueblos indígenas a través de procesos violentos, cuya finalidad fue su reducción cultural a través de la censura, produjo un resquebrajamiento de cuerpo social, y por tanto, de su sistema de justicia:

“Como consecuencia de este proceso de sujeción histórica, despojo y negación cultural y territorial los Camëntsá afirman que “los principios que orientaban a su Autoridad tradicional ha sufrido una serie de cambios debido a la intervención en la toma de decisiones por los evangelizadores y autoridades de turno tanto en el direccionamiento como en los procesos de elección y administración de justicia como en la gobernabilidad y autonomía del pueblo Camëntsá”. Razón por la cual consideran necesario retomar los principios naturales como el respeto, la unidad, la justicia tradicional y organización territorial del pueblo Camëntsá desde el Plan de vida del pueblo Camëntsá y el “Rescate y Fortalecimiento de la Constitución Ancestral del Pueblo Camëntsá” a fin de “reencontramos con el espíritu y el pensamiento de nuestros antepasados y mayores, correspondiéndonos legitimar y defenderlos en el tiempo y en el espacio, reclamando que se nos respete el espacio y nos permitan vivir en paz en relación con la naturaleza y la tierra que concebimos como nuestra madre universal “Tsbatsána mamá” (...)Este proceso debe representar para nosotros la unión

de nuestros pensamientos, para mantenernos juntos como una sola familia Camëntsá (Canyé tsaquengcá), diciendo y haciendo para mostrar lo que somos (...) Cuando permanece la unidad hay un sólo camino, todos trabajando sobre él, Gobernadores, educadores, promotores en salud, caporales, comunidad en general, porque ese camino se construyó desde nuestros antepasados, lo fortalecemos en el presente y lo proyectamos para las futuras generaciones (...) La unidad se sostiene por medio de la vivencia de nuestra propia cultura, autonomía, autoridad, territorio, lengua y pensamiento; todo esto ha contribuido a que el pueblo Camëntsá transite por el tiempo y el espacio. Comprender y entender lo anterior significa vivir unidos como pueblo (...) De descendencia en descendencia seguimos un mismo trabajo basado en lo que nosotros sabemos hacer y transmitir, nuestros usos y costumbres, porque lo que hacemos no es para uno solo, sino para todos como una gran familia, si hablo camëntsá muchos lo hablarán, si respeto a los demás ellos respetarán, si recorro Bëngbe Luare muchos me acompañarán y si trasmito conocimientos muchos aprenderán. Así el trabajo es la unión fundamental entre nosotros y la naturaleza (...) La incomprensión de los extraños de esta unificación territorial crea la desintegración y división del mismo, la parcelación de los resguardos, la privatización de la tierra, y dentro de esa división la reducción del gran complejo de simpatías “jtsatenéyeunana”, y solidaridades “jtsatenasbuachiyana” entre nosotros, valores sobre los cuales se sustentaba nuestra vida en unidad “Canyiñe Canyëtsaquengca jëbtsotbemaña”. (Plan de vida del Pueblo Camëntsá (2005)

Todo lo anterior permite comprender por qué los Camëntsá son, tanto por su ubicación geográfica y por su historia, una sociedad fronteriza; frontera por donde fluye y confluye lo culturalmente diverso; lugar donde lo andino, lo amazónico y lo «blanco», por el proceso histórico de conquista y colonización, son los hilos que tejen y entretejen

la trama y urdimbre de su cultura, memoria e historia. En el Valle de Sibundoy las voces de lo propio y lo extraño, del sí mismo y del otro, hablan o dialogan heterogénea y polifónicamente.” (Gómez, 2009^a).

Y este elemento de análisis es de gran importancia por tratarse de un rasgo común en nuestro País, pues afectó, en diferentes grados, a la totalidad de las comunidades indígenas, es decir, que la afectación de la identidad indígena, de su escala social y de administración de justicia con base en su derecho propio, se constituye en un reto que debe superarse, en la medida que se debe precisamente a los procesos de colonización que se violentó la identidad cultural de los pueblos indígenas, por tanto es necesario facilitar y fortalecer la idiosincrasia de las comunidades indígenas para permitir una coordinación real entre sistemas de justicia:

“Durante todo el siglo XVI la Sierra Nevada fue explotada por los europeos. Hacia el siglo XVIII la administración colonial desarrolló un programa de colonización de las partes más altas del macizo, mediante la conformación de “pueblos de indios”, censo y tributación indígenas, imposición del catolicismo y grandes cambios en la cultura, los sistemas de producción y prácticas económicas de los indígenas. Los alrededores de los territorios de los pueblos indígenas fueron poblados, desde comienzos del siglo XX, mediante procesos de colonización campesina agenciados por el Estado. La colonización que sufrieron los territorios indígenas de la Sierra Nevada tuvo diferentes ritmos y zonas de procedencia, uno de ellos fue el asentamiento de latifundistas ganaderos desde la década del 30 del siglo pasado. Desde los primeros años del siglo XX, como consecuencia de la Ley 89 de 1890 que otorgó facultades jurisdiccionales a las Misiones para que mediante la evangelización fueran reduciendo a la vida civil (civilización) a los “salvajes”, los pueblos de la Sierra sufrieron el despojo y atropello de su cosmovisión. Los misioneros amparados en esa ley crearon los “orfanatos” (que

lo indígenas recuerdan como “tiempos de terror”) en los cuales prohibían a los niños los usos y costumbres ancestrales, se les prohibía el contacto con los miembros de su familia, se les cortaba el pelo y se les obligaba, con la penca y el castigo, a no usar su lengua materna. Veamos el siguiente documento elaborado por Arregocés Conchacala sobre el impacto producido por la presencia de Misión Católica y las inspecciones de policía en la cultura y justicia kogui y de lo que considera es un aprendizaje del pasado que no debe repetirse en el presente en aspectos de la coordinación entre la Jurisdicción Kogui y la Jurisdicción Ordinaria y en la coordinación intercultural con las instituciones del Estado...” (Gómez, 2009c).

CONCLUSIONES GENERALES

1. PLURALISMO JURIDICO.

La entrada del pluralismo jurídico en el escenario colombiano, como en el resto del mundo, es importante y fundamental para asegurar la convivencia en paz de nuestra sociedad, por ésta razón una conclusión que puede extraerse de la lectura de los capítulos anteriores, como corolario obligado, es la de que si no se empodera, de manera contundente, a las comunidades indígenas frente a los retos que representa la coexistencia en paz de dos culturas con pensamientos de vida diferentes, el pluralismo jurídico y la protección a la diversidad étnica y multicultural serían tesis de papel sin aplicación real alguna, ya que precisamente, el Estado moderno, de acuerdo a la tendencia internacional, plantea el reto de tender puentes de entendimiento entre culturas que resuelven sus conflictos de maneras disímiles, que dirigen su actividad social de una manera que no se inscribe propiamente en la lógica del capital, y que sus relaciones, tanto sociales como individuales, son matizadas en su totalidad por la relación que guardan con su entorno territorial, lo cual de suyo es vital en su definición identitaria, y a todo este proceso se dirige la necesidad de hacer real la protección de la diversidad cultural.

Ahora bien, es claro que a pesar de que nuestro País se encuentra a la vanguardia en este tema, no es posible dejar de soslayo el hecho de que aún es necesario avanzar más en este proceso, y lograr de ésta manera hacer efectivos estos conceptos de pluralidad y multiculturalismo en nuestra sociedad, pues el legado de la universalización de los derechos del humanos y de la construcción de lo que hoy se conoce como el Estado-

nación se ha impuesto como una limitante al reconocimiento de la diversidad cultural al interior de nuestra sociedad.

De esta manera es claro, que el reconocimiento de la multiculturalidad y la diversidad étnica tiene una implicación de gran trascendencia, en tanto que en lo que refiere a los pueblos indígenas, exige un replanteamiento de la sociedad colombiana en su totalidad, para que de ésta manera se permita una inserción total y digna en la estructura nacional y su andamiaje político, social y económico, en la medida que es necesario reparar en el hecho de que las demandas de los pueblos indígenas se concentran en lo colectivo y no en lo individual, lo cual va en contra de la doctrina universalista de los derechos humanos, cuyo fundamento básico es la individualidad, de manera que muchas de sus demandas Vg. Autodeterminación, no se refieren a una autonomía individual sino colectiva, frente a lo cual la estructura jurídica de nuestro Estado no está totalmente dispuesta, sin embargo, Rodolfo Stavenhagen superó este esquema argumentando con razón que de nada sirven los derechos individuales sino se promueven los derechos colectivos, pues existe entre estos una necesaria correlación:

“La situación de las diversas minorías étnicas y de los pueblos indígenas en el marco de los Estados nacionales o multinacionales representa otra instancia en que el ejercicio pleno de los derechos individuales pasa por los derechos colectivos.”
(Stavenhagen, 2008).

De esta manera, abordamos las conclusiones necesarias en lo que representa el pluralismo jurídico en Colombia, en la medida que no se ha asegurado la aplicación real de esta figura, ni de la diversidad étnica, en tanto que de un lado, todavía se funciona bajo el esquema de los derechos humanos en su concepto individual, lo cual es reforzado con la dificultad de reconocimiento práctico de la jurisdicción especial

indígena, la cual ha entrado a operar de manera rudimentaria, sin apoyo suficiente por parte del Estado que no ha sido capaz de actuar con base en la diferencia.

La insuficiencia de la respuesta estatal a esta urgente necesidad de la coordinación del sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena ha sido tan pobre que desde la constitución de 1991 hasta éste año no se ha implementado ningún mecanismo legal que regule éste aspecto, es decir, han transcurrido 19 años (!) sin que se hubiere dado cumplimiento a los preceptos constitucionales que consagran el pluralismo jurídico, la multiculturalidad y la diversidad étnica en lo que refiere a las poblaciones indígenas.

A esta conclusión han llegado también diferentes e importantes sectores doctrinales, cuando afirman que en efecto el Estado Colombiano reconoce la existencia de la justicia indígena, pero que con ello, no es posible afirmar que se esté promoviendo el pluralismo jurídico⁸², pues esto significaría que solo reconoce la existencia de actores diferentes en la resolución de conflictos, es decir, que no reconoce en términos reales la facultad de creación de derecho, como sucedió en la sentencia T - 405 de 1993, en donde el Estado argumentó el interés general y colectivo sobre el particular –indígena-, cuando se cuestionó la instalación de un radar contra el narcotráfico en la zona de la Amazonía colombiana (Sánchez, 2004^a: 107-108).

Acorde con lo anterior, si reparamos en lo evidenciado en el capítulo anterior, las fortalezas, debilidades, retos y oportunidades de la coordinación entre el SJN y la JEI, podemos observar como de un lado existe una voluntad de entendimiento, un deseo de intercambio de saberes y por tanto de coordinación, voluntad y deseo que siempre han estado presentes entre las partes involucradas, y 19 años después esta voluntad no ha sido tomada en cuenta en términos reales, pues no se ha establecido una política clara

⁸² Entendido como la existencia o coexistencia de diversos órdenes jurídicos dentro de un mismo espacio, así sean subordinados a un orden mayor, y que están en permanente disputa sobre su legitimidad y extensión.

que por lo menos hubiera tratado de poner en práctica un itinerario dialógico entre los actores de la administración de justicia.

En el mismo sentido podemos interpretar la insuficiencia de la respuesta estatal a este respecto, cuando estamos frente a la oportunidad de hacer más operativo, e inclusivo, el sistema de administración de justicia nacional en relación con la justicia indígena, es decir, se torna en una verdad de Perogrullo, que del ejercicio dialógico real entre las dos sistemas de justicia, y las demás esferas del Estado y la sociedad, la justicia colombiana, en términos globales, se vería absolutamente enriquecida a partir del conocimiento profundo del sistema de administración de justicia indígena, podría ser un aporte interesante el estudio de sus categorías de análisis de su derecho originario, de su concepto propio de dignidad humana, de su concepto de debido proceso, todos estos elementos contribuirían sin duda a enriquecer nuestro propio concepto de justicia, por ejemplo, es en nuestra sociedad en donde se habla y se requiere el sistema carcelario, con base en diferentes teorías penales de los fines de la pena, en cambio los pueblos indígenas no utilizan el sistema de represión sino de reparación frente a un agravio social o delito propio:

“Nuestra idea de justicia no es castigar o arrestar, porque nuestra perspectiva es espiritual; si se lleva a alguien a la cárcel, no creemos que eso sea una solución. Los humanos no somos animales, y se debe dar tratamiento espiritual. Aquí nosotros manejamos leyes, pero no nos pagan, quizás porque no conocen nuestras leyes, y por eso es importante resaltarlas y darlas a conocer, desde la recomendación del anciano, porque necesitamos una legislación propia, escrita, actualizada en el tiempo que estamos.

• *Además (...) desde ese concepto, desde la maloca, lo que se maneja es la justicia por medio de los consejos y la orientación de lo que nos interesa aquí (...) Se dice que la*

etnia Okaina es la gente encargada de armonizar, de adornar y la preocupación de los mayores (...) es esa”.

En cuanto a las debilidades encontradas en el dialogo interjurisdiccional, también es posible evidenciar la falta de reconocimiento de la diferencia, del pluralismo jurídico y de la diversidad étnica, en cuanto que no se encuentra ninguna acción estatal que tienda o permita un fortalecimiento del sentido de justicia de los pueblos indígenas, de su sistema propio de administración de justicia, es decir, cabe preguntarse como puede afirmarse que existe un reconocimiento estatal y social de la justicia indígena cuando, a diferencia de lo que sucede con la rama Judicial Colombiana, no se hace ningún esfuerzo concreto, que produzca resultados, para fortalecer sus propias instituciones, es por esta razón que difícilmente, a pesar de los avances existentes en materia jurisprudencial, es viable afirmar un verdadero ejercicio de pluralismo jurídico, multiculturalismo y diversidad étnica, frente a la coordinación del sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena, esta situación es posible evidenciarla frente a las manifestaciones de algunos pueblos indígenas relacionadas con la descaracterización de su propio derecho, cuando propusieron su “positivización”, lo cual, como se insistió en el capítulo anterior, sería una forma de perder paulatinamente su autonomía y por ende, sería un factor que iría en detrimento del proceso de coordinación con el Sistema Judicial Nacional y de la identidad del propio pueblo indígena.

En este sentido, y en aplicación de una lógica de homogeneidad, se estaría presentando un proceso de descaracterización étnica y cultural que se propicia desde nuestra institucionalidad en perjuicio de los pueblos indígenas, pues, como es obvio, su sistema de administración de justicia es apenas un componente de su ordenación social total, todo esto por cuenta de la implementación de un modelo hegemónico, cuyas

consecuencias directas producirían transformaciones de las pautas culturales, interpretaciones simbólicas, reformulaciones sociales, sincretismos religiosos, que además de cuestionar una cultura, tienden a hacerle perder la singularidad que la caracteriza (Sánchez, 2004^a:117).

En atención a esta situación, con base en lo que se evidenció respecto de los retos y oportunidades de la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción nacional indígena, es imperativo establecer las condiciones de diálogo intercultural que permita una reconceptualización de las políticas estatales de igualdad y de identidad a nivel social, y particularmente en lo que refiere a los pueblos indígenas y minorías en general, tal y como lo pone de presente Boaventura de Sousa Santos en los siguientes términos:

“De ahí surge el nuevo imperativo categórico que, en mi opinión, debe informar una articulación posmoderna y multicultural de las políticas de igualdad y de identidad: tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.” (Santos, Boaventura de Sousa, 2003:153-154).

Ahora bien, nuestra Corte Constitucional ha resaltado la contradicción entre lo que se consigna en la carta política y la realidad que viven los pueblos indígenas, siendo impactante el hecho de reconocer la vulnerabilidad a la que se han sometido por diversas causas, especialmente por cuenta del conflicto armado, así como la deficiente protección del Estado a su territorio y la prevalencia de intereses económicos de diferentes instancias, incluidas las estatales:

“Mientras que numerosos grupos indígenas son atacados, desplazados y desintegrados en todo el territorio nacional por los actores armados que operan en Colombia y por los distintos factores subyacentes al conflicto y vinculados al mismo, el Estado y la

sociedad colombianos continúan preciándose de su carácter multicultural, de sus riquezas étnicas y de distintos aspectos de las culturas indígenas nacionales. Esta contradicción entre la realidad y la representación generalizada de dicha realidad ha sorprendido a la Corte Constitucional, no sólo por su crueldad inherente, sino por revelar una actitud de indiferencia generalizada ante el horror que las comunidades indígenas del país han debido soportar en los últimos años – indiferencia que en sí misma es un menosprecio de los postulados constitucionales básicos que nos rigen como Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la diversidad étnica y cultural.

...

El despojo territorial simple por parte de actores con intereses económicos sobre las tierras y recursos naturales de propiedad de las comunidades indígenas –sea porque forman parte de sus resguardos, porque están en proceso de titulación, porque forman parte de los territorios de proyección y ampliación de los resguardos, o porque forman parte de su territorio ancestral y aun no han sido reconocidas como tales por las autoridades-, así como por parte de colonos que invaden sus territorios. La precariedad en la titulación de tierras en algunos casos es un factor que facilita ampliamente el despojo y la invasión territorial; de esta manera, existe un entrelazamiento de los procesos de ampliación y saneamiento de resguardos con ciertos factores conexos al conflicto armado (presencia de actores armados, de cultivos ilícitos, o de actividades militares en zonas de ampliación).”⁸³

Así pues, los autos 4⁸⁴ y 5 de 2009, proferidos por la Corte Constitucional, reafirman los hallazgos encontrados en la reciente visita del nuevo Relator Especial de Naciones

⁸³ Corte Constitucional. Auto 004 de 2009. Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado.

⁸⁴ La corte constitucional por Auto N° 004 de 2009, ordenó al director de Acción Social y al Ministro del Interior y de justicia adoptar medidas con el lograr la protección efectiva de los pueblos indígenas

Unidas sobre pueblos indígenas a Colombia, quien manifestó que nuestro País no ha atendido las recomendaciones realizadas por el anterior relator en el año 2004, lo cual significa que la coordinación del SJN y la JEI encuentra todavía más obstáculos que entonces, puesto que para que pueda realizarse esta coordinación, es necesario reconocer realmente, y tratar conforme este dictado, a las poblaciones indígenas, esto tomando en cuenta que es deber del Estado proteger la vida y honra de todos sus habitantes, incluidos los pueblos indígenas:

*"Esa evaluación - Rodolfo Stavenhagen, informe sobre Colombia del año 2004 – sigue siendo aplicable hoy, a pesar de algunas iniciativas importantes del Gobierno de Colombia durante los últimos años"*⁸⁵.

De ésta manera, una expresión más del pluralismo jurídico a nivel mundial, deviene de la importancia de los instrumentos internacionales sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas, y que de acuerdo a lo planteado en el capítulo segundo de éste trabajo, aunque no existan suficientes convenios ratificados como legislación interna, la importancia de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como del proyecto de Declaración Americana de los Pueblos Indígenas, es innegable, en la medida que es posible evidenciar que el debate de la coordinación entre las diferentes jurisdicciones se encuentra permeada y matizada por los mínimos contenidos fijados en estos instrumentos, y que en ésta medida, si bien no tienen efectos vinculantes, su influencia es tal que se configuran en paradigmas y puntos de referencia en diferentes ámbitos de aplicación, de manera que su condición de declaración permite concluir que tiene un rango legal, pues de cualquier manera, se trata de una Resolución legalmente

afectados por ésta problemática: Wiwa, Kankuamo, Arahua, Kogui, Wayúu, Embera-Katío, Embera-Dobidá, Embera-Chamí, Wounaan, Awá, Nasa, Pijao, Koreguaje, Kofán, Siona, Betoy, Sikuani, Nukak-Makú, Guayabero, U'wa, Chimila, Yukpa, Kuna, Eperara-Siapidaara, Guambiano, Zenú, Yanacona, Kokonuko, Totoró, Huitoto, Inga, Kamentzá, Kichwa, Kuiva.

⁸⁵ Comunicado oficial del Relator Especial de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas en visita a Colombia. Julio 29 de 2009.

proferida por un órgano internacional reconocido a nivel mundial; y en segundo lugar, y lo más importante, estos instrumentos —especialmente las Declaraciones- se constituyen en puntos de referencia sobre el cumplimiento del deber de cooperación con las Naciones Unidas en lo que refiere a los derechos humanos, en tanto que la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es una interpretación más específica de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

2. EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDIGENA.

En desarrollo del Pluralismo jurídico referenciado, como principio constitucional de obligatorio cumplimiento, el artículo 246 de la Constitución Nacional, concretó el ejercicio real del pluralismo jurídico en Colombia, al establecer que:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Es pertinente establecer, que en Colombia, solo los pueblos indígenas pueden ejercer esta facultad de aplicar justicia dentro de su ámbito territorial, mediante la aplicación de un sistema de justicia propio, que sea diferente al sistema judicial nacional y es por eso, que si hablamos de pluralismo jurídico en Colombia, es concretamente en razón a la facultad otorgada por el artículo 246 de la Constitución Nacional, por eso la importancia de las implicaciones sociales, culturales y jurídicas, que implica el análisis de dicha normativa.

Sin lugar a dudas, un paso fundamental para determinar en el plano práctico, como se ha venido desarrollando dicho precepto constitucional, fue el Proyecto *“Extensión de la*

coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)” ejecutado por la U. del Rosario, ya que evidenció las circunstancias reales, de cómo ha venido operando el ejercicio de la jurisdicción especial indígena y su coordinación con el sistema judicial nacional.

Los resultados arrojados por dicho proyecto, son bastante interesantes, ya que por primera vez, estuvieron sentados en la misma mesa, los exponentes de cada jurisdicción (Autoridades Indígenas y Jueces y Magistrados), pudiéndose realizar un acercamiento cultural, conociéndose y exponiendo sus puntos de vista.

Dicho acercamiento permitió una concretización del pluralismo jurídico, ya que el hecho de que un Magistrado en la ciudad de Bogotá, suspenda sus actividades, para desplazarse a los territorios indígenas, por ejemplo a la Chorrera (Amazonas), y se sienta en una Maloca a intercambiar conceptos jurídicos, con las autoridades indígenas, es una situación que marca un parámetro positivo para el proceso de coordinación intercultural en Colombia, puesto que de una parte, las comunidades indígenas se mostraron satisfechas, de poder intercambiar conceptos con los Jueces y Magistrados, quienes en principio, veían como grandes personajes inalcanzables y de otra parte los operadores jurídicos se encontraron frente a una sabiduría cultural y un sistema de derecho propio, que los sorprendió, pues nunca imaginaron que en la praxis se desarrollara de esa manera.

De ese acercamiento se encontró, que existe un gran desconocimiento por parte de los operadores jurídicos respecto del sistema de derecho propio de los pueblos indígenas, pues en su mayoría desconocen quiénes son sus autoridades tradicionales, como son sus procedimientos y su forma de impartir justicia, lo cual conlleva a dificultar el proceso de coordinación intercultural, ya que es esencial el conocimiento mutuo, para fortalecer el proceso de coordinación entre ambas jurisdicciones.

Pese a lo anterior, ese desconocimiento, que se puede reflejar en una debilidad del dialogo interjurisdiccional, se puede convertir en una oportunidad y un reto para la construcción de un adecuado y eficiente proceso de coordinación, puesto que al darse este primer paso de acercamiento y entendimiento entre ambas jurisdicciones, si se sigue llevando de una manera continuada, realizando reuniones entre ambas culturas, fortaleciendo el conocimiento mutuo, resolviendo las inquietudes que surjan; los resultados futuros pueden ser muy productivos, en aras de una eficiente coordinación entre ambas jurisdicciones y una reducción de la impunidad.

Pero para que ese entendimiento y acercamiento sea en realidad una oportunidad, es necesario que desde occidente, se cambie la mentalidad y la percepción de la cultura indígena, ya que muchos operadores jurídicos aún menosprecian la capacidad de las comunidades indígenas para aplicar justicia y resolver sus propios asuntos, puesto que el pensar que solo pueden resolver asuntos menores o que su sistema no es operante, es un factor que debilita el proceso de coordinación en menoscabo de los principios constitucionales establecidos en la Constitución Nacional, en especial el del pluralismo.

Acorde con lo anterior, es necesario entender, que el sistema de justicia propio de los pueblos indígenas, no puede ser visto de una manera sesgada, tratándolo de asimilarlo o de compararlo con nuestro sistema de justicia ordinario, esperando ver los procedimientos de aplicación de justicia de los pueblos indígenas, en un código escrito recopilatorio, donde finalmente se desarrolle en una mala copia de nuestro de sistema de justicia operante.

Del mismo modo, conforme a los talleres realizados, se pudo establecer, que existe todavía la perspectiva por parte de algunos operadores jurídicos, respecto a que para determinar si se trata o no de un indígena, se debe basar su apreciación en su vestimenta y el uso de trajes típicos de su comunidad, es decir, que básicamente se debía tener

puesto un taparrabo con el fin de concluir si se trataba o no de un indígena, o que si utilizaban un celular, era un indicio de que debido a su grado de modernidad, no debían ser tratados como indígenas.

Es imperativo que se concientice a la totalidad de Rama Judicial respecto a que la calidad de indígena, no se determina exclusivamente por su vestimenta, sino que es la propia comunidad, a través de sus autoridades tradicionales, quienes deben establecer si se trata de un miembro de su comunidad y no basarse exclusivamente en apreciaciones subjetivas, aisladas totalmente de la realidad actual.

El cambio de perspectiva cultural por parte de los operadores jurídicos, debe empezar a trabajarse desde las mismas aulas de las universidades públicas y privadas que imparten la carrera de derecho, donde existan cátedras que enseñen en qué consiste realmente el pluralismo establecido en la Constitución Nacional, donde se permita el conocimiento de las culturas indígenas, otorgándoles la posibilidad de que las mismas autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, tengan un espacio de participación y diálogo directo con el estudiantado, en el cual intercambien inquietudes, problemáticas y soluciones. Del mismo modo, donde se estudien y analicen los fallos emitidos por la Corte Constitucional y se permita un debate académico abierto, donde los estudiantes puedan sacar sus propias conclusiones, en ejercicio de una adecuada interculturalidad.

Conforme con lo expuesto, deben proseguir las mesas de diálogo y concertación entre los operadores jurídicos y los miembros de las comunidades indígenas, puesto que el entendimiento y conocimiento mutuo, es pilar esencial del fortalecimiento del proceso de coordinación entre ambas jurisdicciones.

Del mismo modo, se evidenció una falta de conocimiento de los operadores jurídicos respecto a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional respecto al alcance de la Jurisdicción especial indígena, jurisprudencia que por cierto, reconoce importantes

derechos de las comunidades indígenas, siendo pionera a nivel internacional; por lo que es menester del Consejo Superior de la Judicatura, capacitar mejor a los Jueces y Magistrados, realizando talleres donde se expliquen dichos pronunciamientos.

Pero de igual manera, es necesario, que las comunidades indígenas trabajen en el fortalecimiento de sus instituciones, en el respeto de sus autoridades y vayan al rescate de sus costumbres, normas y procedimientos, en aras de su libre autodeterminación; donde se defienda y robustezca su sistema oral de justicia y donde también cambien su perspectiva respecto a la efectividad de sus procedimientos, ya que aún existen comunidades que piensan que es necesario, cambiar su derecho propio, plasmando por escrito sus procedimientos en códigos que desvirtúan sus instituciones milenarias.

Es por lo anterior, que los pueblos indígenas deben seguir realizando dentro sus comunidades, charlas y talleres, donde interactúen las autoridades tradicionales de mayor edad, quienes tienen claras cuáles han sido sus costumbres tradicionales; con los más jóvenes, con el fin de que prosiga la transmisión de la información cultural, donde los jóvenes entiendan la importancia de seguir adelante con sus tradiciones y se fortalezca su sistema de justicia propio, puesto que mientras más fuerte sea su sistema de justicia, mejor será el proceso de coordinación con el sistema judicial nacional.

De igual manera, no puede olvidarse el papel que tiene el Estado y sus instituciones, respecto al sistema de aplicación de justicia de los pueblos indígenas, ya que las comunidades indígenas necesitan el apoyo del Estado, para un adecuado proceso de coordinación intercultural, en razón a que en muchas situaciones que se presentan, donde las autoridades indígenas requieren hacer cumplir sus decisiones, se necesita la colaboración de la Fuerza Pública, con el fin de hacerlas cumplir; dicha colaboración

ya ha sido establecida en fallos emitidos por la Corte Constitucional⁸⁶, como un aporte al proceso de coordinación.

Del mismo modo, como aún existen indígenas que están siendo reclusos en cárceles normales, es necesario, que se creen sitios especiales de reclusión, donde se establezcan condiciones aptas para los indígenas, en donde se respete su cultura y tradiciones propias.

Conforme a lo expuesto, también se requiere apoyo de organizaciones como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde se ayude a las comunidades indígenas a tratar los problemas de violencia intrafamiliar y apoyo a los menores, sin que ello implique una intromisión en su sistema de justicia propio, sino por el contrario, sirva de soporte y colaboración para el fortalecimiento de sus usos y costumbres.

No puede pasarse por alto, el hecho relevante plasmado en la sentencia de la Corte Constitucional⁸⁷, respecto a la Jurisdicción Especial Indígena, donde se estableció que.

“...Desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena hace parte de la rama judicial; por ello no sólo es razonable sino jurídicamente exigible que el Consejo Superior de la Judicatura promueva labores de divulgación y sistematización de asuntos relativos a la jurisdicción indígena.

Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la Rama Judicial del poder público, como en repetidas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corporación...”

Lo anterior significa, que existe un reconocimiento de la Jurisdicción indígena, dentro de la rama judicial, pero no dentro de su estructura orgánica, lo que conlleva, a que las

⁸⁶ Véase capítulo El reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena, dentro del sistema judicial Nacional el debate de la Coordinación.

⁸⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-713/2008. 15 de julio de 2008.M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente P.E. 030

autoridades tradicionales deberán seguir ejerciendo su función de aplicación de justicia sin apoyo del Estado, ya que pese a que nunca se ha concretado un apoyo económico a sus funciones jurisdiccionales, se tenía la expectativa, que debido a la importante labor que cumplen las autoridades tradicionales, respecto a la reducción de la impunidad en Colombia, existiera algún apoyo por parte de la Rama Judicial, concretamente respecto a algunas de las prerrogativas económicas que estos poseen, ya que un juicio dentro de las comunidades indígenas envuelve el desplazamiento de un número considerable de personas, a través de kilómetros y kilómetros del territorio nacional, lo cual, no sólo implica tiempo, sino gastos, ya que los involucrados deben dejar atrás sus actividades necesarias encaminadas a suplir su sustento diario, para dedicarse a la solución de estos conflictos, ya que la mayoría de los juicios realizados son públicos y requieren la participación de la mayoría de la comunidad, lo que implica gastos en desplazamiento y de manutención del personal que participa en dichos actos.

Por lo anterior, es necesario, recapacitar respecto al ejercicio real de la Jurisdicción Especial Indígena, ya que por un lado, existe un reconocimiento respecto a sus funciones jurisdiccionales, pero por el otro, se dejan solos respecto a la operatividad material de dicha jurisdicción.

De igual manera es pertinente hablar del clamor de muchas de las autoridades indígenas, respecto al porqué de la no suscripción por parte de Colombia, de la Declaración de los pueblos indígenas, sin embargo es adecuado establecer, que pese a que dicha Declaración no tiene carácter vinculante respecto al que la suscriba, el hecho de no permitir a la Fuerza Pública, el ingreso a territorios tradicionales indígenas, conlleva de todas formas, a que debido a la difícil situación de orden público por la que atraviesa Colombia, que no se da en ningún otro Estado del mundo, implica, que si la Fuerza Pública no puede ingresar a esos territorios, las comunidades indígenas quedarán a

merced de los grupos armados ilegales, quienes podrían establecerse en sus territorios, a la fuerza y sin su consentimiento, lo cual también iría en detrimento, de su autonomía, su libre autodeterminación y del ejercicio real de la Jurisdicción especial indígena, por lo tanto se debe reconsiderar dicho planteamiento, respecto a las circunstancias socio políticas del colombiano, prueba de lo anterior, es lo manifestado en el Encuentro Latinoamericano de Pueblos Indígenas y Gobierno que se realizó en Cartagena del 8 al 11 de marzo de 2010, en el que se analizó la situación de los niños indígenas trabajadores; en el cual Dora Tavera, Consejera de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC , estableció que niños y niñas de las comunidades indígenas colombianas, en diferentes regiones del país, están siendo explotados de diversas maneras por los grupos armados ilegales. Además de reclutarlos para la guerra, los están esclavizando en formas de servidumbre como oficios domésticos o como raspachines de coca, en extenuantes jornadas de trabajo y sin recibir ninguna remuneración. *“También los utilizan (a los niños) como botines de guerra para sacarles información sobre los territorios indígenas”*, advierte Tavera y añade que también son víctimas de abuso sexual por parte de los miembros de estas agrupaciones.⁸⁸

Como corolario de lo expuesto, pese a que existe un desconocimiento por parte la mayoría de los operadores judiciales, respecto a las autoridades tradicionales indígenas, de sus normas y procedimientos, y del sistema de justicia propio, simultáneamente, también existe una gran disposición de estos, por conocerlo, por saber cómo opera y por trabajar mancomunadamente en un adecuado proceso de coordinación, por lo tanto, el balance final es positivo, lleno de retos y oportunidades, puesto que la voluntad de conocimiento por parte de Jueces y Magistrados, es un insumo que debe ser aprovechado a corto plazo, al igual, que la actitud receptiva de las comunidades

⁸⁸ Artículo diario El Tiempo. En http://www.eltiempo.com/vidadehoy/gente/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-7387008.html

indígenas, quienes pudieron vislumbrar el potencial existente en nuestra carta magna, derivados del pluralismo y del ejercicio de la jurisdicción especial indígena consagrada en el artículo 246 de la Constitución Nacional.

3. CONCLUSIONES PERSONALES.

Acorde con todo lo anterior, nuestra conclusión personal es que en Colombia, pese a los acercamientos realizados entre ambas jurisdicciones y al importante avance logrado con el proyecto “*Extensión de la coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)*” ejecutado por la U. del Rosario., no existe como tal una coordinación intercultural, ya que, tanto la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, actualmente se limitan cada uno a aplicar justicia de manera independiente, pero no existe una coordinación intercultural, en la cual, concertadamente, ambas partes lleguen a aplicar justicia de manera conjunta y donde para resolver un conflicto se recojan aspectos sustanciales de ambas culturas.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, han delimitado competencias, pero ello no se concreta en una coordinación intercultural. Pese a lo anterior, de lo aprendido en el proyecto “*Extensión de la coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)*”, se pudo realizar un acercamiento interesante, que puede servir de base a futuro, para concretar la coordinación intercultural, en el cual, se dieron interesantes conclusiones, que se deben tener en cuenta para concretar la coordinación intercultural en un futuro próximo, como por ejemplo:

- Debe existir un entendimiento de ambas jurisdicciones respecto al alcance del artículo 246 de la Constitución Nacional.

-Debe seguir profundizándose en el conocimiento de cada uno de los derechos otorgados constitucional e internacionalmente a los pueblos indígenas.

-La ley de coordinación debe recoger aspectos de ambas culturas en desarrollo de una efectiva interculturalidad.

-Para solucionar los conflictos de manera conjunta, se deben establecer mecanismos que recojan aspectos sustanciales de ambas culturas.

-Se deben seguir adelantando procesos de acercamiento entre ambas jurisdicciones, como el que se adelantó en desarrollo del proyecto “*Extensión de la coordinación del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)*”,

-Debe existir un conocimiento por parte de los Jueces y Magistrados de las formas de aplicación de justicia de los pueblos indígenas.

-La coordinación intercultural no es una simple delimitación de competencias.

-Debe existir una política pública encaminada a seguir desarrollando procesos de capacitación y de concertación a los pueblos indígenas y los operadores judiciales, donde de igual manera, se fortalezca el sistema de derecho propio de las comunidades indígenas.

Por lo anterior es aconsejable que se continúe con el trabajo conjunto de ambas jurisdicciones, paralelamente al fortalecimiento del sistema de justicia propio de las comunidades indígenas, sin que ello implique injerencia en sus decisiones y en su libre autodeterminación, ya que nos encontramos frente a un momento histórico, que debe ser aprovechado y continuar con los avances realizados, con el fin de que no se pierda el esfuerzo y la disposición existentes.

BIBLIOGRAFÍA

Asbjorn, Eide.

- 2001 Derechos humanos, sociedad mundial y comunidades. En: *Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global*. Siglo XXI, Mécio D.F.

Aguilar, Gonzalo.

- 2005 El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. *Ius et Praxis*. [en línea]. Vol.11, no.1.
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010&lng=es&nrm=iso> [consulta 11 ene. 2008]

Anaya, S. James.

- 2005 *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Editorial Trota. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla.

Assies, Willem.

- 2009 Cambio político: Pueblos indígenas y sus demandas en los sistemas políticos. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*. Madrid.

Ayala, Enrique.

- 2002 *El derecho Ecuatoriano y el Aporte Indígena* [en línea]. Universidad Andina Simón Bolívar.
<<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/AYALA%20ENRIQUE.pdf>>
[consulta 11 ene. 2008]

Ballón, Francisco.

- 2002 La Reforma Constitucional Peruana: De la Comunidad al Pueblo Indígena [en línea]. Universidad Andina Simón Bolívar.
<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/BALLON%20FRANCISCO.pdf>.
[Consulta: 9 ene. 2008].

Barie, Cletus G.

- 2003 *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: Un Panorama*. Instituto Indigenista Interamericano (México), Comisión Nacional para el desarrollo de los pueblos Indígenas (México), Editorial Abya - yala (Ecuador). La Paz.

Berche, Anne S. et al.

- 2006 *Los Derechos en Nuestra Propia Voz. Pueblos Indígenas y DESC una lectura intercultural*. ILSA. Sao Paulo.

Bermúdez, Yoselyn y Quintero Yosuana.

- 2007 La “declaración” de los derechos indígenas: Un soft law moralmente obligatorio en el ordenamiento jurídico Venezolano. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Barranquilla

Caroni, Pio.

1996 *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*. Ediciones Jurídicas y sociales Marcial Pons. Madrid.

Civallero, Edgardo.

2007 *Los protagonistas* [en línea].

<<http://bibliotecasypueblosoriginarios.blogspot.com/2007/09/07.HTML>>.

[Consulta: 9 ene. 2008].

Courtemanche, Alexandre.

2008 *Le Pluralisme Juridique et le Droit Autochtone Canadien* [en línea]. Centre de Droite Publique, Montreal.

<http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_1/contributions/Contribution_courtemanche_fevrier_2008.pdf> [Consulta: 8 may. 2009].

D'Abraccio, Guillermo.

2002 Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural. Conflictos de la alteridad en una sociedad multicultural: La supervivencia y el diálogo de las diferencias) [en línea]. Universidad Andina Simón Bolívar.

<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/DABRACCIO%20GUILLERMO.pdf>.

[Consulta: 8 may. 2009].

Daes, Erica (Relatora)

1997 *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra.

DANE

2005 Colombia una nación multicultural, su diversidad étnica [en línea], <http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf> [Consulta: 11 ene. 2007].

Defensoría del Pueblo

2006 Informe de la Defensoría del Pueblo sobre indígenas en prisión. *Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC* [en línea]. < http://www.defensoria.org.co/?_s=d1yn=119 [Consulta: 11 ene. 2007].

Escobar, Elsa et al (editoras).

2005 *Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad*". UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH, Bogotá.

Ewen, Alexander (Editor)

1995 *La voz de los pueblos indígenas con el Proyecto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. PLENUM/Madre Tierra, Barcelona.

Gómez, Herinaldy

2000 *De la justicia y el poder indígena*. Universidad del Cauca, Popayán.

2008 *Representaciones legales de la alteridad indígena*. Editorial Universidad del Cauca. Popayán.

- 2008^a *Modulo intercultural. Pueblo arahuaco*. Universidad del Rosario, Bogotá.
- 2009 *Documento de diagnóstico. La Jurisdicción Camëntsá y relaciones con la jurisdicción ordinaria*. Universidad del Rosario, Bogotá.
- 2009^a *Documento de diagnóstico. Jurisdicción Yanacona y Relaciones con la Justicia Ordinaria*. Universidad del Rosario, Bogotá.
- 2009b *Documento de diagnóstico. Jurisdicción Wiwa y Relaciones con la Justicia Ordinaria*. Universidad del Rosario, Bogotá.
- 2009c *Módulo intercultural para autoridades Judiciales Colombianas. Pueblo Kogui, Sierra Nevada de Santa Marta*. Universidad del Rosario, Bogotá.

González, Felipe

- 2007 *Cultura y desarrollo desde la interculturalidad. Breve recuento de la primera universidad intercultural de México. Ra Ximhai, Revista de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable*. Número 2, Mayo – Agosto, Vol3. Universidad Autónoma Indígena de México. Mochicahui, Sinaloa.

González, Camilo.

- 2007 *El Derecho Vital* [en línea]. INDEPAZ.
http://www.indepaz.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=590&Itemid=1. [Consulta: 8 may. 2009].

Grueso, Delfín

- 2007 *La globalización y la justicia hacia las identidades culturales*. En: Hoyos Vásquez, Guillermo. *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires.

INPEC

- 2007 *Reporte Numérico. Censos grupos con condiciones excepcionales 2007*. <<http://www.inpec.gov.co/contenido.php?pagina=133>>, [Consulta: 16 ene. 2008].

International Work Group for Indigenous Affairs

- N/D *Identificación de los pueblos indígenas* [en línea].
<http://www.iwgia.org/sw426.asp> [Consulta: 8 may. 2009].
La declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas una breve historia [en línea]. <http://www.iwgia.org/sw22235.asp> [Consulta: 8 may. 2009].

Kamenka, Eugene y Erh Soon, Tay Alice.

- 2001 *Pueblos aborígenes de Australia: Un pasado de injusticia, un presente de esperanza e incertidumbre*. En: *Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global*. Ed: Siglo XXI, México D.F..

Kymlicka, Will.

- 1995 *Ciudadanía multicultural*. Paidós. Barcelona.

Liévano, Indalecio.

- 2002 *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*. Intermedio Editores. Bogotá.

Londoño, Beatriz y Gómez Herinaldy

2009 *Documento de Diagnóstico “Informe de diagnóstico y planificación con los pueblos Arahuaco y Kogui y los operadores judiciales.* Universidad del Rosario, Bogotá.

Mariño, Fernando y Oliva, Daniel.

2004 *Avances en la Protección de los de Derechos de los Pueblos Indígenas.* Dickinson, Madrid.

Martínez, José (Relator)

1986 *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* [en línea]. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas.

<<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/5110aef9c851952c1256a5700308c24?Opendocument>> [Consulta: 8 ene. 2008].

Mendez, Marta y Castro, David M.

2006 Introducción al proyecto de declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, Vol.1.Num.2.Marzo-julio. Buenos Aires.

McLachlin, Beverley

2002 “*Allocution de la très honorable Beverley McLachlin, C.P. Les droits et les libertés au Canada : vingt ans après l'adoption de la Charte*”. Ottawa, Ontario. Abril 17. <<http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/sys/index-fra.asp> [Consulta: 8 sep. 2009].

Morales, Patricia (Coordinadora).

2001 *Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global.* Siglo XXI, México D.F.

Olive, León.

1999 *Cultura. Multiculturalismo y pluralismo.* UNAM, México D.F.

Organización de las Naciones Unidas

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (A/RES/61/295**) del 10 de Diciembre de 2007.

Declaración Año Internacional Indígena Naciones Unidas (A/RES/48/163).

Declaración Segundo Decenio Indígena (A/60/270)

Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (A/CONF.157/23).

Convenio No. 107 de la Organización Internacional de Trabajo

Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas (E/CN.4/Sub.2/1986): Relator especial José Martínez Cobo para la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías de las naciones unidas.

Informe del grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su primer período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1982/33) del 25 de Agosto de 1982.

Informe del grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su cuarto período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1985/22) del 27 de Agosto de 1985.

Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías de las Naciones Unidas, “*Estudio del Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas*”, Doc. UN .E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add. 4, Parr. 379, 1986.

Informe del grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su quinto período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1987/22) del 24 de Agosto de 1987.

Informe del grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su séptimo período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1989/36) del 25 de Agosto de 1989.

Informe del grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su octavo período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1990/42) del 27 de Agosto de 1990.

Informe del grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su decimoprimer período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1993/29) del 23 de Agosto de 1993.

Informe del grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su duodécimo período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1994/30) del 17 de Agosto de 1994.

Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Documento (E/CN.4/2002/97) del 4 de Febrero de 2002.

Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Documento (E/CN.4/2003/90) del 21 de Enero de 2003.

Exposición Movimiento Indio “Tupaj Amarú” Documento (E/CN.4/2003/NGO/250) del 17 de Marzo de 2003.

Derecho Internacional y pueblos indígenas – Actividades Normativas del Grupo de Trabajo Pueblos Indígenas. Documento (E/CN.4/Sub.2/AC.4/2003/3) del 25 de junio de 2003.

Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Documento (E/CN.4/2004/80) del 26 de Enero de 2004.

Resumen de las propuestas hecho por Luís Enrique Chávez. Documento (E/CN.4/2005/WG.15/CRP.7) del 20 de diciembre de 2005.

Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Documento (E/CN.4/2006/78) del 16 de Febrero de 2006.

Informe Grupo de Trabajo PD. Documento Naciones Unidas (E/CN.4/2006/79) del 22 de marzo de 2006.

Documento presentado por indígenas organizaciones sobre la “Disposiciones Generales” del Proyecto de *Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*” (E/CN.4/2005/WG.15/CRP.2).

Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Documento (A/HRC/4/32) del 27 de Febrero de 2007.

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las Cuestiones Indígenas. Documento (A/HRC/4/77) del 6 de marzo de 2007.

Osorio, Luis C. y Salazar, Francisco.

2006 *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de Colombia*. Hemera Comunicar, Bogotá

Ramírez, Silvina.

- 2002 Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena [en línea]. Universidad Andina Simón Bolívar.
<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/RAMIREZ%20SILVINA.pdf>.
[Consulta: 8 sep. 2009].

Rodríguez, Gloria

- 2005 Derechos de las mujeres indígenas en Colombia. En: *Las mujeres indígenas en los escenarios de biodiversidad*. Ed. UICN, Fundación Natura, ICANH, Bogotá.

Roldán Roque, et al

- 1994 *Fuero indígena colombiano*, 3a ed., Dirección General de Asuntos Indígenas, Bogotá.

Romero, Amanda y Rueda, Carlos

- 2009 *Documento diagnóstico. Pueblos Bora, Okaina, Muinane y Huitoto*. Universidad del Rosario, Bogotá.

Romero, Margarita

- 2009 Documento de diagnóstico. Necesidades de Capacitación para la Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena. Pueblos indígenas Cocama, Ticuna, y Yagua, Leticia, departamento del Amazonas.

Rueda, Carlos.

- 2008 *Modulo intercultural. Pueblo yagua*. Universidad del Rosario, Bogotá.

Sánchez, Esther

- 2003 *Los pueblos indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos*. UNICEF, Oficina de área para Colombia y Venezuela, Bogotá.
- 2004 *Los pueblos Indígenas en Colombia, derechos políticas y desafíos* [en línea]. ACNUR. < <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4885.pdf> > [Consulta: 8 sep. 2009]
- 2004 *Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia*. UNIJUS. Bogotá.
- 2007 *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. Instituto de Ediciones del Ministerio Público. Bogotá.
- 2007 *Derechos propios*. Instituto de Ediciones del Ministerio Público. Bogotá.

Santos, Boaventura de Sousa.

- 2009 *Sociología Jurídica Crítica*. ILSA. Bogotá. Colombia.
- 2003 *La caída del Angelus Novus*. ILSA. Bogotá. Colombia.

Stavenhagen, Rodolfo

- 2008 *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*. [en línea]. <www.cervantesvirtual.com/cervlet/SirveObras/01371963122385973092257/isonomia03/isonomia0> [Consulta: 9 ene. 2008].

Sieder, Rachel.

- 2006 El derecho indígena y la globalización legal en la posguerra guatemalteca. [en línea]. *Revista Alteridades*. <redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/747/74703103.pdf> [Consulta: 9 ene. 2008].

Stidsen, Sille (compilador).

- 2007 *El mundo indígena - 2006*. IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas), Copenhague.
2008 *El mundo indígena - 2007*. IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas), Copenhague.

Tobar, Javier y Gómez, Herinaldy,

- 2004 *Perdón, violencia y disidencia*. Editorial Universidad del Cauca, Popayán.

Trujillo, Julio César.

- 2002 *Administración de Justicia Indígena* [en línea]. Universidad Andina Simón Bolívar.
<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/TRUJILLO%20JULIO%20CESAR.pdf>. [Consulta: 9 ene. 2008].

UNESCO

- 2003 *Declaración Universal Sobre la Diversidad Cultural* [en línea]. División de Políticas Culturales y Diálogo Intercultural, UNESCO. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127162s.pdf>> [Consulta: 28 nov. 2009].

Yrigoyen, Raquel.

- 2004 Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean countries. *Beyond Law*, Vol. 10, N° 27.

Walsh, Catherine.

- 2002 Interculturalidad: Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico [en línea]. Universidad Andina Simón Bolívar.
<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/WALSH%20CATHERINE.pdf>. [Consulta: 28 nov. 2009].

Zambrano, Carlos V.

- 2007 *Derechos, Pluralismo y diversidad cultural*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Zalaquett, José.

- 2008 *La declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas* [en línea]. Universidad de Chile. <www.anuariodch.uchile.cl>. Pág. 2. Anuario N°4. [Consulta: 28 nov. 2009].